Staats- und Rechtsgeschichte

der

Stadt und Landschaft Zürich.

Staats- und Rechtsgeschichte

der

Stadt und Landschaft

Zürich.

Von

Dr. J. C. Bluntschli

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Zürich.

ZWEITER THEIL.

Die neuere Zeit.

Zürich,

Druck und Verlag von Orell, Füssli und Compagnie.

1839.

VORREDE.

Der zweite Theil dieser Rechtsgeschichte hat, wie es in der Einleitung zum ersten Theile vorher gesagt worden ist, einen vorzugsweise dogmatischen Charakter erhalten. Je mehr sich unser Recht der neuern Zeit nähert und je mehr es in dieser neuern Gestalt als gegenwärtig geltendes Recht wirksam ist, desto mehr bedarf es einer auch in's Einzelne gehenden Darstellung und einer den innern Zusammenhang der bestehenden Rechtsordnung beachtenden Verarbeitung. Der historische Zusammenhang wird dadurch nicht gelöst, sondern vielmehr erfüllt. Wenn die Gegenwart grossen Theils in der Vergangenheit ihre Erklärung findet, so lässt sich auch umgekehrt sagen, dass die rechte Erkenntniss der Gegenwart zurückwirkt auf die Erkenntniss der Vergangenheit. Mit tausend und aber tausend unsichtbaren Fäden sind beide unter sich und mit der Zukunft verbunden und durchwoben, und nirgends ist die eine scharf abgeschnitten von der andern. In der physischen Natur ergibt sich die Entwicklung nach viel nothwendigern Gesetzen: das Samenkorn enthält schon den ganzen Baum, das Ei das ganze Thier in sich eingeschlossen. Aber das blöde Auge des Menschen ist nicht im Stande, in dem Keime schon den ganzen Baum, in dem Ei das ganze Thier zu entdecken.

Jener muss erst gewachsen, dieses geboren sein, bevor seine Art und sein Wesen von dem Menschen erfasst werden kann. Wie viel weniger kann in der geistigen Welt, in der sich auch eine schöpferische Geisteskraft mitbestimmend bewegt, aus den Erscheinungen der Vergangenheit allein mit Sicherheit auf die Erscheinungen der Zukunft geschlossen und diese auch nur annähernd vollständig vorher gewusst werden? Die Zukunft muss sich erst verkörpert haben, sie muss erst ins Leben getreten, sie muss Gegenwart geworden sein, damit sie näher verstanden werde. Als ein ferneres Stadium der Entwicklung wird ihre Kenntniss dann wieder die frühern Zustände, deren Erfüllung in ihr liegt, erleuchten und einzelne Lichtstrahlen hineinwerfen in die noch folgende verhüllte Zukunft. In diesem Sinne verstehe ich auch in der Rechtswissenschaft die historische Methode.

Ein vollständiges Rechtssystem wird man auch in diesem Theile nicht finden. Auch hier wieder habe ich mich für berechtigt gehalten, mit Freiheit den Stoff zu wählen, den ich verarbeiten wollte. Zufällig ist aber diese Auswahl ebenso wenig. Ich läugne nicht, dass ich einzelne zur Seite gelassene Lehren, dem Ganzen und seiner Anlage unbeschadet, noch hätte mitnehmen können. Ein anderer hätte vielleicht hinwieder einiges Aufgenommene nicht berücksichtigt. Darüber mag ich im Einzelnen mit Niemandem rechten. Im Ganzen aber habe ich mich durch die in der Einleitung (Bd. I. §. 3.) schon geäusserten Ansichten leiten lassen.

Mit Vorliebe, ich gestehe es, habe ich den echt deutschen Charakter unserer Institute hervorgehoben. Wer

unsere bestehende Rechtsordnung überschaut, wie sie, wenn auch nicht im Einzelnen vollständig, doch in ihrem innern Zusammenhang als ganzer Rechtskörper in diesem Buche dargestellt ist, der wird sich sofort überzeugen, dass das romanische Element darin bei weitem weniger bedeutend ist als das germanische, und dass unser Recht viel deutscher ist, als das Recht in Deutschland selbst zur Zeit noch. Es ist meine feste Ueberzeugung: Die direkte Herrschaft des römischen Rechtes ist in der Neige begriffen. Das deutsche Recht wird wieder an Einfluss und Bildung wachsen. Der grosse Jahrhunderte hindurch fortgeführte Kampf der Anhänger des römischen Rechtes mit den Verehrern des deutschen Rechtes wird von neuem eröffnet werden, oder ist es vielmehr schon. Aber jetzt wird mit andern Waffen und in anderer Weise gestritten. Auch der Erfolg wird ein anderer sein, als das erste Mal. Die deutschen Juristen mussten erst bei den Römern in die Schule gehen, und von der Cultur des römischen Rechtes erfüllt sein, bevor sie dem nationalen angestammten Rechte zu geistiger Befreiung und weiterer Fortbildung verhelfen konnten. Für diese Erkenntniss des deutschen Rechtes schien mir eine wissenschaftliche Verarbeitung des Zürcherischen Rechtes von keiner geringen Bedeutung, eben um der freieren Stellung willen, in welcher wir deutsche Schweizer jenem Kampfe zusehen können und um der deutschen Eigenthümlichkeit willen, in der sich unser Partikularrecht erhalten hat.

Ich hoffe — abgesehen von naheliegender praktischer Bedeutung — namentlich zweierlei von diesem Buche: einmal, es werde in den Schweizern das Bewusstsein wieder lebendiger machen, dass ihr einheimisches Recht we-

sentlich deutsch und einer schönen, freien und sittlichen Fortbildung fähig sei, zweitens, es werde für die Fortbildung der deutschen Rechtswissenschaft und des deutschen Rechtslebens Einiges geleistet haben.

In dieser Hoffnung und von der ihr zu Grunde liegenden Liebe zu dem einheimischen Rechte beseelt, habe ich diese Arbeit unternommen und zu Ende geführt. Und zu dieser wissenschaftlichen Thätigkeit habe ich mich jederzeit geflüchtet, wenn das äussere widerwärtige Treiben unserer kleinlichen Parteikämpfe und die überall in Schrift, Rede und That zu Tage geförderte Gemeinheit der Gesinnung mir den wahren Lebensgenuss zu vergällen und die innere Freudigkeit zu zerstören drohten; in ihr habe ich denn auch immer reichen Trost und frische Erquickung wieder gefunden.

Vielfache Geschäfte aber, welche mich öfter für längere Zeit in Anspruch genommen haben und der damit verbundene Einfluss auf Neigung und Stimmung mögen mir die Schuld tragen helfen, dass das Buch nicht überall gleichmässig gearbeitet ist und mancherlei Unebenheiten noch da sind.

Ich schliesse mit dem Wunsche, dass auch diesem Theile dieselbe freundliche Anfnahme zumal bei deutschen Gelehrten zu Theil werden möge, welche der erste erhalten hat.

Zürich im Mai 1839.

Die neuere Zeit.

VIERTES BUCH.

Von der Feststellung der Reformation bis zum Ausbruche der schweizerischen Revolution.

Von 1531 bis 1798.

---

§. 1. Historische Einleitung.

Wir haben in dem ersten Theile dieses Werkes gesehen, wie die Alamannen sich in der von den Römern verlassenen nördlichen Schweiz niederliessen, in welche Verhältnisse sie zu dem fränkischen Reiche traten, wie sich unter ihnen das einfache Staatsleben darstellte, welches Recht sie unter sich und gegenüber dem Boden hatten, den sie bewohnten. Wir haben dann ferner die ersten Anfänge einer aus verschiedenartigen Bestandtheilen herauswachsenden Stadt an dem Ausflusse der Limmat aus dem Zürichsee nachzuweisen gesucht und gezeigt, wie Zürich unter zähringische Herrschaft gelangte, und nach dem Untergange dieses Fürstenhauses wieder zur freien Reichsstadt wurde. Wir haben die innern Bewegungen in dieser Stadt verfolgt und die aufstrebenden Handwerker sich mit den alten Geschlechtern in das Regiment der Stadt theilen gesehen, und dargestellt, wie die Stadt von dem Reiche sich immer mehr lostrennend eine selbstständige Stellung einnahm, als Einzelstaat mit den Eidgenossen in Bündnisse trat, den Zerfall der Gauverfassung benutzend eine Herrschaft nach der

andern an sich brachte, und so allmählig ein ziemlich umfassendes Landesgebiet erwarb, das sich Anfangs nur als ein Aggregat verschiedener Gebiete zeigte, dann aber der Einheit und Zusammengehörigkeit bewusster wurde, und gegenüber der regierenden Stadt eine freie staatsrechtliche Stellung einnahm. Zuletzt haben wir noch darauf hingedeutet, wie die Reformation das Mittelalter abschloss und eine neue Zeit zum Theil ins Leben rief, zum Theil vorbereitete.

In dem welthistorischen Kampfe gegen die Hierarchie des Papstthumes und für die evangelische Lehre hatte die Stadt Zürich keine unbedeutende Rolle übernommen. Den Reformator Zwingli in seinen Bestrebungen fördernd, feindselige Angriffe gegen ihn und seine Lehre abwehrend, bei den Grundsätzen der Reformation treu verharrend, auch nachdem ihr Held gefallen und das Heer der Stadt geschlagen war, verlieh und bewahrte sie ihren Unterthanen die religiöse Freiheit und gründete eine neue reformirte Kirche, welcher weithin über die Grenzen jener Herrschaft hinaus andere Staaten und Völker zugethan waren. Es musste so der Zürichstaat für alle Zukunft einen eigenthümlichen historischen Charakter erhalten. Das Princip der Reformation wurde zu einem Lebensprincipe der Stadt. Die geistige Regsamkeit, die nüchterne Verständigkeit und der sittlich bürgerliche Sinn der Zürcher wurzeln grossen Theils in der Geschichte der Reformation.

Für die innere staatliche Entwickelung aber war das Verhältniss der regierenden Stadt zu dem erworbenen Landesgebiete das bedeutendste und zugleich schwierigste. Sieht man auch hier auf die Anfänge des sechszehnten Jahrhunderts zurück, so machen diese grosse Hoffnungen rege. Der Cappelerbrief von 1531 hatte, was vorher schon sich durch das Bedürfniss und die Sitte geltend gemacht, der Landschaft förmlich als Recht zugesichert, die Berathschlagung mit den Landgemeinden in den wichtigeren Angelegenheiten des ganzen Staates. Wie leicht und wie wohlthätig hätte sich diess Recht in organische Verbindung mit der Ver-

fassung bringen, wie manches andere heilsame Institut sich daran knüpfen lassen.

Aber die Kräfte schienen durch die Anstrengung der Reformation erschöpft, der gute Wille durch Mühen und Sorgen und auch mancherlei bittere Erfahrungen abgestumpft; in Folge äusseren sowohl als inneren Unglücks durch Krieg und Pest traten vor der leiblichen Noth die Bedürfnisse des Geistes in den Hintergrund. Nicht nur wurde das Begonnene nicht fortgeführt und erweitert; selbst jenes Recht gerieth wieder in Vergessenheit; die frühere theilweise allerdings zu rasche und zu einseitige Bewegung wurde gehemmt und schlug in ihr Gegentheil ein stagnirendes Verbrüten und Versinken um.

Die Verfassung der Stadt, ihrem Ursprunge nach aus rein städtischen Elementen entsprungen und für städtische Bedürfnisse berechnet, blieb sich auch dann noch gleich, als die Verhältnisse sich wesentlich verändert hatten, und die Stadt in die neue Stellung eines Landesherrn eingetreten war. Statt die Interessen der Landschaft in den Kreis des Regimentes hinein zu ziehen und derselben natürliche Organe zu verschaffen, begnügte man sich, oft wohlmeinende, häufig aber beschränkte Städter als Vögte hinaus zu schicken, um dort die alte Herrschaft des frühern Adels fortzusetzen. Statt mit dem Lande mehr und mehr innerlich zusammen zu wachsen, so dass beide nur verschiedene sich gegenseitig ergänzende und bestimmende Glieder Eines gesunden Leibes geworden wären, schloss sich die Stadt immer enger in sich zusammen und von dem Lande ab, so dass ein unfreundlicher Gegensatz zwischen Stadt und Land innere Entzweiung weckte.

Ich möchte die Stadt nicht tadeln, dass sie den Gefahren des dreissigjährigen Krieges kaum entronnen sich mit gewaltigen Festungswerken umgab. Ueber dieses wichtige Unternehmen, welches in unsern Tagen noch die Achtung der Kenner erhielt, wurde nach alter guter Sitte an die Landschaft berichtet und die Genehmhaltung wenigstens der Aus-

schlüsse der Gemeinden eingeholt[1]). Das Bedürfniss der Gegenwart rechtfertigte dasselbe, aber immerhin mag auch diese äussere Abschliessung zu einer innern Verhärtung beigetragen und das für die Städter darauf basirte Gefühl der Sicherheit die Beurtheilung der wahren Stärke des Staates verblendet und entstellt haben.

Aber entschiedenen Tadel verdient die immer ängstlichere Beschränkung der Aufnahme in das städtische Bürgerrecht. Die Landschaft bildete einen grossen Kreis um die Stadt, aus dem sie jederzeit neue Kräfte an sich ziehen, aus dem sie das Blut der Corporation fortwährend verjüngen konnte, wie solches auch in früherer Zeit regelmässig geschehen war. Mehrere der bedeutendsten Männer, welche die züricherische Geschichte kennt, waren von aussen herein gekommen, und hatten die Bedeutung der Stadt erhöht, und auch in den niedern Kreisen des bürgerlichen Lebens hatte ein stets frischer Zufluss neuer Bürger eine wohlthätige Bewegung hervorgerufen. Anstatt diesen Zuwachs lebendig zu erhalten und dadurch zugleich die Landschaft näher zu befreunden, entfremdeten sich die beiden Theile gegenseitig, und die Stadt in ihrem Verhältnisse zur Landschaft wurde um eben so viel schwächer als diese auf breiterem Boden ruhend an Kräften zunahm.

Wie sich die Bürgerschaft selbst mehr abschloss, verbanden sich unter sich wieder einzelne Familien näher und betrachteten sich gegenseitig als vorzüglich zum Regimente berufen. Dadurch bekam das Staatsleben eine gewisse Steifheit, Beschränkung und bürgerliche Vornehmheit, welche um so weniger erträglich war, als ihr eine lebendig innere Kraft und grosse historische Erinnerungen fehlten.

Die zweite Hälfte des siebzehnten und das achtzehnte Jahrhundert besonders haben ein Gepräge von absolutistischer Spiessbürgerei und Verdumpfung an sich, deren Folgen das neunzehnte nun schwer empfindet. Nicht

1) Ein sehr gut abgefasster Bericht darüber v. J. 1642 befindet sich in d. C. Werdm. V. S. 491.

als ob die Aristokratie der Stadt bösartig oder tyrannisch gewesen wäre. Nur in gewerblichen Verhältnissen war sie drückend, in den übrigen durchgängig milde, hausväterlich und wohlwollend. Aber kleinlicheitel, mark- und saftlos, pedantisch war sie allerdings, und es ist der wahrlich nicht zu beneiden, der ihre Geschichte zu schreiben hat. Es wird ihm nur dann gelingen, Interesse dafür zu erregen; wenn er es versteht, die Keime neuen Lebens in dem winterlichen Boden zu entdecken und nachzuweisen, wie diese in stiller Verborgenheit allmählig Wurzeln schlugen. Solches zu thun liegt nun aber ausserhalb meines Planes, indem die innern Zustände des Privatrechtes, welches nun vorzugsweise unsere Aufmerksamkeit auf sich ziehen muss, von jenen Einwirkungen wenig betroffen wurden.

Aehnliche Erscheinungen finden sich fast überall in der Schweiz während dieser Zeit. Sei es, dass unter dem Namen sich selbstherrlich fühlender Landsgemeinden einzelne Familien, oder dass sich abschliessende Bürgerschaften, oder dass ausgebildete Körperschaften von Patriciern das Regiment führten: immer war ihre Herrschaft eine absolutistische, und insofern grundsatzlose, immer auf Seite der Herrschenden selbstsüchtig, auf Seite der Beherrschten zum wenigsten geistig niederdrückend. Die wiederholten und oft nur mit grosser Mühe bezwungenen Bauernaufstände der letzten Jahrhunderte zeigten, trotz der damit gewöhnlich verbundenen Rohheit und Ausschweifung auf ein inneres tiefes Gebrechen des Staatsorganismus; aber die laute Warnung, die oft Blut kostete, blieb dennoch unbeachtet.

Die staatsrechtlichen Verhältnisse entwickelten sich nur wenig, indem das Bestehende sich verknöcherte und der neuen Regung fremd blieb. Wenn der Charakter des mittelalterlichen Staates ein privatrechtlicher gewesen, der Charakter des modernen Staates aber ein staatsrechtlicher geworden ist, so tritt dieser letztere bei uns erst in der folgenden Periode nach der schweizerischen Revolution deutlich hervor. Bis dahin erhielten sich die privatrecht-

lichen Formen auch in öffentlichen Dingen, bis sie vor Alter grau in sich selber abstarben.

In den Verhältnissen nach Aussen hin änderte sich nicht vieles. Die Beziehungen zum Reiche waren schon vorher fast ganz gelöst. Durch den westphälischen Frieden wurde bekanntlich nun auch in bester Form die Schweiz als selbstständiger von dem deutschen Reiche getrennter Staat anerkannt, und so, was die That begründet, und lange andauernder Besitz gerechtfertigt hatte, zum wirklichen Recht, der Natur des Besitzes gemäss, welcher in sich die Neigung hat, Recht zu werden und es gewöhnlich auch wird [2].

Auch das schweizerische Staatsrecht machte keine grossen Fortschritte in dieser Zeit und behielt den Charakter vertragsmässiger Bündnisse der einzelnen Stände bei. Zu dem alten Gegensatze der Städtekantone und der Länder, trat seit der Reformation ein neuer hinzu, welcher die Verbündeten noch mehr trennte und eine Vereinigung schwieriger machte, der Gegensatz des religiösen Glaubens. Da nämlich die Reformation in der Schweiz nicht durchzudringen vermochte, wenn sie schon die bedeutendsten Cantone für sich gewann, so bildete sich eine katholische Partei, welche der reformirten feindselig entgegen trat. Die einen Stände verblieben katholisch, die andern

---

2) Art. 6. des *instrum. pac. Osnabr.* v. 1648.: „Cum item Caesarea Majestas ad querelas nomine Civitatis Basileensis et universae Helvetiae coram ipsius Plenipotentiariis ad praesentes congressus propositas super nonnullis processibus et mandatis executivis, a Camera Imperiali contra dictam Civitatem aliosque Helvetiorum unitos Cantones eorumque Cives et subditos emanatis requisita Ordinum Imperii sententia et consilio singulari decreto die decimo quarto Mensis Maji, anno proximo declaraverit, *praedictam civitatem Basileam, caeterosque Helvetiorum Cantones in possessione vel quasi plenae libertatis at exemptionis ab Imperio esse, ac nullatenus ejusdem Imperii dicasteriis et judiciis subjectos*, placuit hoc idem publicae huic Pacificationis Conventioni inserere, ratumque et firmum manere, atque idcirco ejusmodi Processus una cum Arrestis eorum occasione quandocunque decretum prorsus cassos et irritos esse debere." Vgl. darüber L. Meyers v. Knonau des Vaters, Handbuch d. Geschichte d. schweiz. Eidgenossenschaft. Bd. I. S. 523. ff. und I. S. 492.

wurden reformirt, in dritten und zum Theil auch in den gemeinen Herrschaften fanden sich Katholiken und Reformirte neben einander, wodurch nicht wenig Stoff zu Reibungen und Zwiespalt gegeben war. Die Städte hatten sich fast alle zum reformirten Glauben bekannt; an ihrer Spitze standen Zürich und Bern. Die Länder waren vorzugsweise katholisch geblieben. Alte Eifersucht vermehrte noch die neue Feindseligkeit. War der Glaubenskampf seinem Wesen nach ein europäischer, so schien es natürlich, dass beide Theile mit ihren Glaubensgenossen im Auslande Verbündungen eingingen. Die Herrschaft oder wenigstens die Sicherheit ihrer Religion musste ihnen näher am Herzen liegen als die alten Bünde, welche die Eidgenossenschaft zusammen hielten. Es ist merkwürdig genug, dass diese nicht wirklich aus einander brach und die Stürme, welche die Völker in Aufruhr brachten, ihren Fortbestand nicht unmöglich machten. Mehr als ein Mal kam es zu offenem Kriege der Eidgenossen unter einander, aber sie trennten sich nicht, mehr als ein Mal waren die Parteien daran, fremde Kriegshülfe in ihren innern Kampf zu verwickeln, aber immer wurde die Gefahr noch zur rechten Zeit abgewendet: ein sicheres Zeichen, dass der Bund eine sehr tief liegende historische Bedeutung hatte und europäischen Bedürfnissen entsprach.

Aber wenn auch die Eidsgenossenschaft nicht wieder zerfiel, so wurde doch durch diesen Zwiespalt eine engere Vereinigung und staatsrechtliche Ausbildung so sehr erschwert, dass es einer frischeren und thatkräftigeren Zeit bedurft hätte, um solche Schwierigkeiten siegreich zu überwinden.

Eine Macht war die Schweiz nicht mehr im europäischen Staatensysteme; das vergönnten schon die veränderten Verhältnisse der grossen Staaten des Auslandes, welche sie umgaben, nicht länger. Den alten Kriegsruhm konnten die Schweizer nur noch bewähren, indem sie in die Dienste fremder Fürsten traten, für eigene Kriege nach Aussen fehlte es an Raum und Kraft. Bald war der öster-

reichische, bald der französische Einfluss überwiegend, letzterer freilich dauernder und öfter[3]): so wie andere viel mächtigere Staaten als die Schweiz in dieser Zeit an Frankreichs Geschick gebunden schienen. Von Frankreich her kam denn auch der Anstoss, welcher das alte Regierungssystem der Schweiz erschütterte und umstürzte, und dem neunzehnten Jahrhunderte die schwierigsten Aufgaben zurück liess.

§. 2. Die Stände.

1. Mit der gänzlichen Lostrennung der Schweiz vom Reiche und bei der Eigenthümlichkeit der züricherischen Stadtverfassung musste auch jede staatsrechtliche Bedeutung des Adels verschwinden, und es gab von da an schon keinen einheimischen Adelsstand mehr, wenn gleich Namen und Ansprüche sich erhielten. Ein Stand in staatsrechtlichem Sinne nämlich ist nur insofern gedenkbar, als derselbe eigenthümliche Rechte besitzt und in dem Staatsleben eine besondere Stellung einnimmt. Im deutschen Reiche hatte der Adel solche Bedeutung behauptet und auch in Fürstenthümern, ja selbst in Aristokratien liess sich die Fortdauer derselben wohl denken. In Zürich aber, woselbst wissenschaftliche Ausbildung und der durch Handelsgeschäfte erworbene Reichthum als die vorzüglichsten Glanzpunkte des Lebens galten, musste der Adel verkümmern, zumal er weder sehr reich noch durch grosse Verbindungen mächtig war. Unterscheidende Rechte besass er keine, und nur in gesellschaftlichem Leben verliehen historische Erinnerungen ihm noch einen gewissen Glanz, der, wenn einzelne Glieder ins Ausland gingen, auf dem fremden Boden mehr als in der Heimath hervortrat.

---

3) Man denke an das französische Bündniss vom Jahr 1777, welches, obwohl demüthigend genug für die Schweiz, doch ihr noch günstiger war als das frühere Verhältniss Frankreichs zu den katholischen Ständen. Vergleiche Meyers Gesch. der Schweiz. II. S. 290 ff.

Zu einem neuen einheimischen städtischen Adel, in Form eines abgeschlossenen Patriciates, waren zwar zu verschiedenen Zeiten Neigungen und selbst Anfänge vorhanden. Man wollte Familien, in denen sich gewisse Ehrenstellen durch einige Generationen hindurch erhalten hatten, vorzugsweise als regimentsfähige betrachtet wissen; man legte der Bekleidung hoher, besonders Militärstellen, welche im Auslande von Zürichern erlangt wurden, auch zu Hause Auszeichnung bei; innerhalb der Bürgerschaft selbst bildeten sich ausschliessende Koterien. Das alles kam aber nie zum rechten Durchbruch und erlangte nie wahre staatsrechtliche Bedeutung. Es blieb diess fortwährend auf dem Stadium der Anmassung und konnte eben desshalb bis auf unsere Tage hinab nur im gesellschaftlichen Leben sich äussern und dieses verunstalten.

2. Der stärkste ständische Gegensatz in dieser Zeit ist der zwischen Stadtbürgern und Landleuten. Zu Anfang des sechszehnten Jahrhunderts noch war die Aufnahme in das Bügerrecht der regierenden Stadt sehr leicht; und noch im Jahr 1525 liess der Rath während der Bauernunruhen den Gemeinden am Zürichsee vortragen:

> Da besonders eine Stadt Zürch vnd die am See von je Welten her Eines gewesen auch letztre wie die Burger in der Stadt sind gehalten worden vnd es hoffentlich in die Ewigkeit dabey bleiben soll.

Die Furcht vor den damals drohenden Gefahren mochte freilich an dieser Aeusserung auch ihren Antheil gehabt haben: aber man sieht doch, dass sich das Bewusstsein der alten Zusammengehörigkeit und Gleichartigkeit der Bewohner der Stadt und des Sees erhalten hatte und offen in der Stadt und am See ausgesprochen werden konnte. Aber nicht bloss von den übrigen Herrschaftsangehörigen, sondern auch von den mit ihr enger verbundenen Seebewohnern schloss sich die Stadtbürgerschaft immer strenger ab.

So lange noch im Pflanzenleben der Trieb ist, Blätter und Blüthen und Früchte zu entwickeln, so durch-

zieht der innere Saft die äussersten Theile und nährt sie; aber im Spätherbst dringt der Saft nicht mehr vor; die äussern Glieder vertrocknen, die Früchte sind gefallen, die Blätter entfärben und trennen sich von dem Zweige, und nur im innersten Mark erhält sich noch ein kümmerlich wenig bewegtes und von aussen kaum zu bemerkendes Leben. Auch im Staatsleben treffen wir auf analoge Erscheinungen.

Seit der Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts und dann vorzüglich im achtzehnten Jahrhundert wurde der Einkauf in das Bürgerrecht der Stadt immer schwieriger, an immer höhere Summen geknüpft, zu Zeiten um ganz und gar unmöglich. Die Bürgerschaft schrumpfte zusammen, nicht bloss der Zahl, auch dem Geiste und der Gesinnung nach, und schien in ihrer Abgeschlossenheit zu erstarren.

Auch hier thäte man ihr aber Unrecht, wenn man ihr eine ausgezeichnete Schuld beimässe. Es war diess der Charakter der Zeit. Nicht bloss in der Schweiz, sondern so ziemlich überall auf dem erschöpften Continente, besonders aber in Deutschland lagen die zweite Hälfte des siebzehnten und das achtzehnte Jahrhundert wie ein schwerer Winter auf dem niedergedrückten Staatsleben.

Die Erschwerung der Aufnahme in das Bürgerrecht musste auf der einen Seite dem Gedanken der Bürger Vorschub thun, als seien sie ganz anderer und viel besserer Art als ihre Unterthanen, und die Ansprüche, den Hochmuth und die ängstliche Sorge für ihre Herrschaft jener mehren, auf der andern Seite die Landleute ihre Unterthanenschaft schwer empfinden lassen und Eifersucht, Neid und Trotz wecken. Innerhalb der Bürgerschaft selbst aber wurden im Zusammenhange damit weitere Gegensätze angeregt.

So beweglich an sich, dem Buchstaben der Verfassung nach, der Rath schien, so ruhend war er in der Wirklichkeit, indem dieselben Personen in gleicher Reihenfolge fast immer wieder gewählt wurden. Jene Richtung, sich in sich selber zusammen zu ziehen und nach aussen abzusondern, machte auch das eigent-

liche **Regiment** zu einer Art **Familiensache**, und unter den Bürgern hatten die einen vor den andern ein nie formell ausgesprochenes aber doch stillschweigend anerkanntes Anrecht auf die bedeutenderen Stellen zum voraus. Die Masse der Handwerker sank daher wieder mehr auf eine tiefere Stufe herab, tröstete sich aber für diese Herabsetzung theils durch die Befriedigung der Eitelkeit, welche in dem Gefühle lag, ein Bürger der regierenden Stadt zu sein, so wenig realen Werth dasselbe für sie hatte, theils durch die materiellen Vortheile, welche ihnen von jener Abschliessung erwuchsen.

Die **Innungen**, ursprünglich gewiss ein wohlthätiges Institut, und wie alles corporative Leben mit eigenthümlichen Vorzügen ausgerüstet, folgten der allgemeinen Richtung der innern Beschränkung. Sorgfältig und ängstlich wurde ausgeschieden, was nur dem einen Handwerke, was dem andern ausschliesslich zukomme, durch Verordnungen möglichst hingewirkt, dass keine Meister zu sehr vor andern den Vorsprung nehmen, keine andern ganz zurück bleiben, und wenigstens der Kauf in der Stadt und für die Stadt an die bürgerlichen Handwerker gebunden[4]).

Diess und die Versuche die **Handelschaft** an die Stadt Zürich durch Zwangsmittel und Beschränkungen zu fesseln, mochten am ehesten zu begründeter Unzufriedenheit auf der Landschaft[5]) Veranlassung geben. Und doch dienten

---

4) Vergl. Unt. Man. v. 17. Jan. 1677, wornach kein Bürger auf der Landschaft Handwerkssachen machen und nach der Stadt führen lassen darf, und v. 20. Jan. 1679, wornach zwei Stunden rings um die Stadt keine neuen Handwerksleute angenommen werden sollen.

5) Schon 1525 findet sich in der Beschwerdeschrift der Angehörigen der Herrschaft Greifensee folgende Stelle: „Halten wir für göttlich und recht, dass jedermann in unserm Amt der Landschaft möge werben, feil haben, kaufen und verkaufen und sich also mit Ehre ernähren, wo und wie er will, als mit Tuch, Stahel, Eisen, Salz oder anderm, wie solches auch vorhin in angedingten Städten geschehn; da nach Gottes Wort dem Armen billich soll Hülf geschehn." Ferner: „ist unser der Amtlüten vermeinen, dass unser Herrn uss ir Stat ein fryge Stat machent wie von Alter her gewesen, jederman lassent in vnd uss ziechen zu kauffen vnd verkauffen."

sie mehr dazu, die Kräfte der Stadt selbst zu lähmen als zu beleben; wenn schon auf der andern Seite nicht geläugnet werden kann, dass ein behagliches und zugleich gesichertes Dasein, müheloser und regelmässiger Erwerb, wohlhäbiges und solides Wesen damals in der Stadt zu Hause waren.

Die Burger, wie die Handwerker nun vorzugsweise genannt wurden, und die Herren, wie man die höhern Magistrate, die Gelehrten und angesehenern Kaufleute hiess, hielten in ihren Kreisen, Gesellschaften und Familien auf äusserer Standesehre fest und genossen, jeder Stand in seiner Weise, ein beschränktes Glück. Die erste Bewegung aber zu erhöhtem Leben, der erste Hammerschlag, der geistige Funken entzündete, kam auch hier wieder von den Männern der Wissenschaft. In der Litteratur erhoben sich neue Erscheinungen und weckten die schlummernden Geister auf, und gelehrte Gesellschaften bildeten sich zur Verbreitung des Lichtes. Wie zur Zeit der Reformation, so war auch gegen Ende des vorigen Jahrhunderts Zürich eine der ersten Städte, welche sich nicht bloss der erneuerten Geistesrichtung anschlossen, sondern dieselbe mächtig förderten. Ich erinnere nur an die Namen Bodmer, Breitinger, Füssli, Hottinger, Gessner, Lavater, und an die persönlichen Verbindungen mehrerer Heroen der deutschen Literatur mit den Zürichern. Von neuem bewährte sich so der hergebrachte Ruf von Zürich als einer vorzugsweise wissenschaftlichen Stadt.

Die städtischen Verhältnisse, die sich in Zürich in etwas grösserem Massstabe zeigten, wiederholten sich in etwas kleineren Formen in den Landstädten, besonders in Winterthur: auch da gab es Herren und Burger, und beide fühlten sich wieder höher als die Bauern der Umgegend.

3. Die letzten Spuren der Hörigkeit wurden während dieser Periode, freilich erst zu Ende derselben, vertilgt. Schon oben haben wir gesehen, wie die Reformation im Allgemeinen günstig wirkte für Abschaffung der

Leibeigenschaft, indem sie das Bewusstsein individueller Freiheit bei den Untergebenen verstärkte und dasselbe Princip auch den Herrn anschaulich und theuer machte, und wie damals (1525) der Rath in mehreren der bedeutendsten Herrschaften, die Leibeigenschaft aufhob, sich darauf berufend:

> Das wir alle Kinder Gottes sind vnd bruderlich gägen andern söllind leben[6]).

Doch blieben immer noch in andern Herrschaften Eigene der Stadt zurück und selbst in den bevorzugten gab es noch viele Hörige, welche andern Herren zustanden als der Stadt. Der Rath beförderte aber den Loskauf von auswärtigen Herren fortwährend, wenn er schon mit seinen eigenen Freilassungen wieder rückhaltiger ward. So wurden die sämmtlichen Leibeigenen, die das Kloster St. Gallen in den Herrschaften der Stadt Zürich besass, im Jahr 1562[7]), die Eigenen des Klosters Einsiedeln zu Stäfa im Jahr 1638 losgekauft. Aber erst in den Jahren 1796 und 1797, nachdem schon die französische Revolution die Gemüther aufgeregt und gegen Alles, was man für einen Rest der sogenannten Feudalzeit hielt, aufgebracht hatte, wurde das Recht auf das Besthaupt in dem Amte Grüningen, in der Herrschaft Wädenschwyl und im Freiamte um bedeutende Summen losgekauft. Es war indessen diese übrig gebliebene Last in so engen Zusammenhang mit gewissen Grundstücken gebracht worden, dass man sie damals nur für eine Art des Ehrschatzes hielt. Die persönliche Tieferstellung der Hörigen war längst ganz vergessen.

So wie sich die Stadtbürgerschaft abschloss, so finden wir auch auf der Landschaft eine analoge Erscheinung. Es wurde nämlich auch in den einzelnen Landgemeinden

---

6) Bullingers Reformationsgeschichte. Frauenfeld 1838. I. S. 271.

7) Die Originalurkunde wurde zuerst wieder vom Herrn Professor H. Escher in dem hiesigen Archive aufgefunden.

Sitte, von neuen Ankömmlingen, welche sich als Gemeindegenossen haushäblich niederlassen wollten, eine Einkaufsgebühr zu verlangen und diese Forderung von dem Rathe bestätigen zu lassen. Wie die Einkaufsgebühren in der Stadt, so stiegen denn auch die auf der Landschaft, wenn gleich nicht in so starkem Masse, doch fortwährend. Wir werden unten noch näher darauf zu reden kommen.

Vereinigten sich nun in dieser Weise auch die Gemeindsbürgerschaften mehr als gesonderte Corporationen, so entwickelte sich doch aus der Gesammtheit dieser Verbindungen der neue allgemeine Begriff des Landrechtes, in welchem sich die Beziehung des neu aufgenommenen Bürgers zu dem ganzen Staate ausdrückt.

Zwar gab es nie ein von dem Gemeindsbürgerrechte losgetrenntes Staatsbürgerthum; sondern es blieben fortdauernd das Gemeindsbürgerrecht und das Landrecht unauflöslich verbunden. Wer jenes hatte von Alters her, war eben auch Staatsbürger, und wer es neu erwarb, muste zugleich auch, um jenem Gültigkeit zu verschaffen, das Landrecht erwerben. Das eine ohne das andere war nichtig.

Dieses Landrecht hing auch seiner ersten Entstehung nach zusammen mit der erschwerten Aufnahme in das Bürgerrecht und den Einkaufsgebühren. Schon in den ältesten Einzugsbriefen des sechszehnten Jahrhunderts ist die Bestimmung enthalten, dass ein Theil der Gebühr zu Handen des Vogtes der Stadt abzugeben sei. Dann musste auch, wenn Landesfremde sich um das Bürgerrecht bewarben, die Genehmigung, früher des Vogtes, später des kleinen Rathes, nachgesucht und dafür nunmehr directe eine besondere Gebühr entrichtet werden, die gewöhnlich der Einkaufsgebühr in die Gemeinde an Grösse entsprach. In der Hauptstadt fiel sie mit der Ertheilung des Stadtbürgerrechtes zusammen, weil diese von dem grossen Rathe als der höchsten Landesbehörde selbst ausging.

In dem Landrechte waren nunmehr alle Unterthanen des Staates vereinigt, und es musste das Gefühl dieses all-

gemeinen staatsrechtlichen Verhältnisses, welches sich nicht an die einzelnen Herrschaften anschloss, sondern den Staat als ein zusammengehöriges Ganzes erfasste, auch seinerseits dazu beitragen, die particularen Sonderungen der alten Herrschaften aufzulösen.

4. Die Abschliessung der Gemeindsbürgerrechte hob denn natürlich auch den Gegensatz gegen die sogenannten Hintersässen oder Ansässen[8]) stärker hervor. So hiessen nämlich alle Einwohner einer Gemeinde, in welcher sie nicht Bürger waren.

Die Bewegung, welche der Reformation folgte und eine Menge Familien zum Theil aus religiösen, zum Theil aus politischen, zum Theil auch aus blossen Privatgründen zur Veränderung ihres Wohnsitzes bestimmte, hatte die Zahl der Hintersässen vermehrt und manche Gemeinde bewogen, auch ihrerseits Schranken zu verlangen gegen die leichte Aufnahme in das Bürgerrecht. Das industrielle Princip, welches überhaupt in der neuern Zeit waltet, begünstigte Veränderungen des Wohnortes. Es trieb die einen von Hause fort, um anderswo dem Gewinne nachzujagen, und sammelte andere scharenweise um industrielle Institute herum. Da indessen der blosse Wohnort kein Bürgerrecht verschaffte, und die Nichtbürger von den Gemeindsversammlungen ausgeschlossen waren, so blieben sie von den Bürgern ziemlich scharf gesondert; und es konnte der Gegensatz sogar ein sehr unfreundlicher werden, wenn sich auf Seite der Bürger ein verletzender Hochmuth, auf Seite der Ansässen das Gefühl der Unterdrückung einstellte. Immerhin aber gingen die Interessen zu wenig aus einander, um ihn gerade zu einem gefährlichen werden zu lassen. Diesen Gegensatz zu mildern und zu versöhnen, und früheres Unrecht

8) Ich bediene mich dieses alten echten Namens lieber als des Ausdrucks Niedergelassene, der in der neuesten Zeit in der Gesetzessprache aufkam, indem jene alten Wörter den Begriff gut bezeichnen und durchaus nichts anstössiges haben, während das neue Wort sprachlich etwas anderes sagt, als man es sagen lassen möchte.

wieder gut zu machen, ist nun eine der Aufgaben der neuern Zeit.

§. 3. Verfassung der Stadt.

Die Verfassung, wie sie durch den vierten geschworenen Brief nach Waldmanns Tode festgestellt wurde, blieb sich während der drei letzten Jahrhunderte im Wesentlichen gleich. Auf die Stadt und städtische Verhältnisse berechnet, bewahrte sie beharrlich diesen städtischen Charakter, auch zu einer Zeit, wo die Idee des Staates schon mit immer neuen Begehren von Anerkennung und Verwirklichung vor die Gemüther trat. Wie auch anderswo unter ähnlichen Voraussetzungen die Staatscultur, je mehr sie den Bedürfnissen der modernen Zeit zu entsprechen Lust zeigte, um desto ängstlicher abgewehrt und die Staatsregierung in eine blosse Hofregierung verkrüppelt wurde, so auch in den meisten Städtecantonen der Schweiz, wo denn nur eine Stadt die Stelle des Hofes einnahm.

Nach dem Abschlusse des westphälischen Friedens wurde der geschworene Brief von 1498 einer Revision unterworfen, aber ausser einigen Redaktionen fast nichts daran verändert. Nur liess man jetzt die Erwähnung von Kaiser und Reich bei Seite, die nach der europäischen Anerkennung der schweizerischen Staaten keinen Sinn mehr hatte. Mit Recht wird daher diese neue Auflage des geschworenen Briefes nicht als ein neuer Brief gezählt.

Dagegen spricht man nun allerdings von einem fünften geschworenen Briefe vom Jahr 1713, obwohl auch hier die Abänderungen, selbst wenn man das sogenannte Libell dazu rechnet, nicht bedeutend sind. Dieser letzten Revision ging wieder eine grosse innere Bewegung der Bürgerschaft vorher. Der grosse Rath hatte nämlich alle Gewalt ganz und gar in seinem Saale concentrirt; das Berichten an die Gemeinden war seit fast einem Jahrhunderte ausser Uebung gekommen, und selbst die Anfrage bei den Zünften für Bündnisse, Friedensschlüsse, Verfassungsän-

derungen[9]) u. s. f. galt für überflüssig und wurde sogar als unpassend untersagt. In der Bürgerschaft lebte aber noch immer das Andenken an das alte Recht und die vormalige grosse Bedeutung der Zünfte. So bedurfte es denn nur einer äusseren Veranlassung, um bestimmte Forderungen zu erwecken. Sie konnte nicht ausbleiben bei den vielfachen überhand genommenen Missbräuchen, und der Entschiedenheit, mit welcher angesehene Männer in verschiedener Stellung auftraten, um für Herstellung besserer Sitte zu streiten. Besonders beklagte man sich auch über Verkäuflichkeit der Stellen und Bestechlichkeit der Richter. Dazu kam ein anderer Uebelstand. Die Kaufleute hatten nach und nach, zumal sie sich in die verschiedenen Zünfte vertheilt hatten, im grossen Rathe ein so vorherrschendes Uebergewicht erlangt, dass die andern Stände sich gedrückt fühlen mussten. Daher wurden Versuche laut, und verschiedene Vorschläge gemacht, um die Stellen der Kaufleute zu vermindern. Eine ausserordentliche Versammlung, in welcher etwa 500 Bürger sich auf dem Lindenhofe, dem ursprünglichen Sammelplatze der alamannischen Volksgemeinde, vereinigt hatten, wählte Ausschüsse aus den dreizehn Zünften. Eine grosse Zahl von Verbesserungsanträgen, welche nicht bloss die Stadt und ihre Interessen, sondern auch die Landschaft beschlugen, und im Ganzen von einem besonnenen und sittlich aufstrebenden Geiste der Lenker zeugten, wurde der Regierung eröffnet. Zwischen den Ausschüssen und der Regierung fanden dann wiederholte Verhandlungen Statt, bis endlich der Grosse Rath wenigstens in einigen Hauptpunkten nachgeben musste und der fünfte geschworene Brief von den Zünften angenommen ward[10]).

Es wurde nunmehr der **Bürgerschaft**, je nach den

---

9) Vergl. Buch III. §. 8. S. 359.

10) Vergl. darüber Meyer v. Knonau Geschichte der Schweiz. II. S. 125. ff. und J. C. Vögelin Geschichte der schweizerischen Eidgenossenschaft. II. s. S. 137. ff.

dreizehn Zünften vertheilt, von neuem das Recht zugesprochen, bei allen Verfassungsänderungen, bei Bündnissen, Kriegs- und Friedensschlüssen mitzuwirken, dagegen die ganze übrige Gesetzgebung der ausschliesslichen Competenz des grossen Rathes anheim gestellt. Hauptsächlich um dem Nepotismus zu steuern, wurde der Antritt des dreissigsten Altersjahres gefordert zur Wählbarkeit in den Grossen Rath, des sechs und dreissigsten zur Wählbarkeit in den Kleinen Rath. Die einzelnen Regierungsglieder wurden einer jährlichen Censur unterworfen, und so wenigstens einige Aussicht eröffnet, um schädlichen Personen die anvertraute Gewalt entziehen zu können, indem die bisherigen Erneuerungswahlen zu einer blossen Formalität geworden waren. Das heimliche Mehr war schon vorher im gleichen Jahre auch für die Wahlen der Zünfte zugelassen worden und wurde von neuem bestätigt. Darin vornehmlich suchte man einigen Schutz gegen Bestechung und für das freie Urtheil des Einzelnen zu finden. Viel früher, schon im Jahr 1628, war das heimliche Mehr in dem Grossen Rathe selbst bei Besetzung des Regimentes der Vogteien und Aemter, nach dem Vorbilde von Luzern, zuerst eingeführt worden und verdrängte so nach und nach bei Wahlen das althergebrachte offene Mehr grossentheils[11]).

Die Obrigkeit der Stadt und zugleich des Staats finden wir somit wie früher gegliedert nach dreizehn Zünften (worunter die Constafel als erste), für Wahlen und Verfassung, einem Grossen Rathe von 212 Mitgliedern (den Kleinen Rath von 50 inbegriffen), für Besetzung des eigentlichen Regimentes, Gesetzgebung und allgemeinen Staatsaufsicht, einem kleinen Rathe für Verwaltung und Rechtspflege, bestehend aus zwei Bürgermeistern, 24 Räthen und 24 Zunftmeistern, welche sich zwar wieder in je zwei Hälften theilen, von denen jede nur auf ein hal-

11) Vergl. Stadt. Man. v. 29. Oct., 6. Nov. und 10. Dec. 1628. Unt. M. v. 4. Dec. 1661. St. M. v. 13. Juni 1713.

bes Jahr als neuer Rath, im andern halben Jahre aber als alter Rath fungirt, die nun aber regelmässig zusammensitzen und gemeinsam regieren.

Einen engern Ausschuss aus dem eigentlichen Rathe bildet noch immer der geheime Rath, der zu verschiedenen Zeiten auch verschieden componirt ward, und dessen Competenz je nach der Schwere der Zeit sich ausdehnte oder verminderte. Unter ganz ruhigen Verhältnissen ging er auch etwa völlig ein. Im Jahr 1704 wurde derselbe auf zwölf Mitglieder festgesetzt, und so blieb er denn auch während des achtzehnten Jahrhunderts. Dahin gehören nun voraus die neun sogenannten Standeshäupter, zu denen man zählte die beiden Bürgermeister, die vier Statthalter (drei wirkliche und der abgetretene Obristmeister), die zwei Seckelmeister und den Obmann, welchem die Oberaufsicht über die secularisirten Klostergüter zustand, und ausser ihnen noch drei andere Rathsglieder[12]).

Ferner ist von Bedeutung der sogenannte Rechenrath (die Rechenherren), welcher das Finanzwesen der Stadt und des Staates zunächst beaufsichtigt und leitet. Auch diese Behörde wurde nicht immer gleichmässig besetzt. Doch finden wir regelmässig den oder die Bürgermeister, die Seckelmeister, den Obmann gemeiner Klöster darin, und die Behörde durch eine Zahl von andern Mitgliedern des kleinen und grossen Rathes verstärkt.

Daneben kommen noch für einzelne Zweige und Geschäftskreise besondere städtische Stellen und Aemter vor, von denen hinwieder ein grosser Theil aus der Mitte der Räthe und Zunftmeister besetzt wird: so z. B. das Kornamt, Bauamt, Sihlamt, Zeugamt u. s. f.[13]).

---

12) Vergl. St. M. v. 21. October 1624, v. 20. Juni 1629, 21. Oct. 1633, 14. Dec. 1633 und 11. Febr. 1704.

13) Näheres ist zu finden in J. Simlers Regiment der Eydgenossenschaft mit Anmerkungen von H. Jac. Leu. Zürich 1735 S. 441 ff. L. Meisters Abriss des Eidgenössischen Staatsrechtes. St. Gallen 1786 S. 12 ff. und in (Wyss) politischem Handbuch für die erwachsene Jugend der Stadt- und Landschaft Zürich. Zürich 1796 S. 60 ff.

§. 4. Verfassung der Landschaft.

Ein Hauptgegensatz des Staatsrechtes des Mittelalters und des modernen Staatsrechtes besteht offenbar darin, dass jenes eine vorherrschende Neigung zeigte zu Formen des Privatrechtes und von privatrechtlichem Gesichtspunkte aus betrachtet wurde, dieses hingegen reinere öffentliche Formen anstrebt und eine öffentliche Begründung fordert. Dieser privatrechtliche Charakter des mittelalterlichen Staatsrechtes äussert sich besonders in der Lehensverfassung, obwohl selbst hier nicht zu verkennen ist, dass auch sie sich höhern Ideen nicht verschloss und einer schönen politischen Entwicklung fähig war. Die Geschichte der englischen Verfassung lehrt solches auf eine überraschende Weise.

In den kleinen Verhältnissen einer Stadtherrschaft über ein sie umschliessendes Landgebiet, wie bei uns, lag in jener Richtung die grosse Gefahr, dass das ganze von grossen Interessen nicht gehobene Staatsleben in ein beschränktes höhern Ideen schwer zugängliches Oekonomiewesen ausartete. Das Bewusstsein, dass die Stadt die meisten Herrschaften, welche sie besass, entweder durch Kauf oder Verpfändung erworben hatte, konnte leicht zu dem Irwahne führen, dass sie durch diese Formen Eigenthümer von Land und Leuten geworden und berechtigt sei, nach ihrer Willkür und zu ihrem Nutzen darüber zu verfügen. Und selbst wo dergleichen grobe Irrthümer nicht geradezu getheilt wurden, wirkten doch ähnliche, wenn auch schwächer ausgedrückte Gedanken auf die Gesinnung besonders der regierenden Familien und manche Massregeln schädlich ein.

Schon im sechszehnten Jahrhunderte, zur Zeit der Reformation, wurde der Conflict, in welchen die privatrechtlichen Ansichten mit den Bedürfnissen des Staates und öffentlichen Principien traten, gefühlt und zuweilen ziemlich klar ausgesprochen. Es geht diess z. B. aus folgender merkwürdigen Stelle einer Beschwerdeschrift der Bauern

aus dem Amte Regensberg hervor. Ist sie nämlich gleich nicht von einem Bauer, sondern wahrscheinlich von einem Pfarrer verfasst, so kann diess nichts gegen ihre Bedeutung beweisen, da nur der gebildete Mann fähig ist, ein tiefer liegendes moralisches Uebel zu erkennen und zu bezeichnen, während der Ungebildete sich meistens nur an die äussern Wahrnehmungen hält. Jene Stelle lautet so:

> Nachdem der barmherzig Gott sein heiligs Evangelium itzt zu unsern ziten uns armen Menschen aus besondern Gnaden klärlicher geoffenbaret hat, als in viel vergangenen Jahren, besonders auch wie wir tödtliche Menschen als vernünftige Creaturen hie in dieser Zeit mit und gegen einander freund- und brüderlich leben sollen, dessgleichen, wie eine Obrigkeit ihre Anbefohlenen regieren, vor Gewalt und Unrecht schützen, und hinwieder auch was und wie viel die Unterthanen ihrer Obrigkeit zu thun schuldig seyen: und aber eine lange Zeit her aus Verhängniss Gottes und von unsern Sünden wegen in diesem allem schwerlich geirret worden, also dass nicht allein die Unterthanen ihrer Obrigkeit etwan widerspännig gewesen (das doch auch selbst unter den Ungläubigen ein gross Laster genannt ward) sondern auch eine Obrigkeit und gemeinlich die Herrschaften gegen das klare Wort Gottes und natürliche Gesetz der Liebe schwere, unleidentliche Burden und Satzungen aus eignem Gewalt aufgedrehet haben. Und wiewohl die Landschaften aus etlicher Fürsten und Herren Handen in Kaufs- oder anderer Weise kommen, sind doch die Beschwerden, welche von jenen dem armen Mann gewaltigklich aufgelegt worden nicht abgegangen, sondern für und für gleich andern erkauften Zinsen oder Schulden gefodert und eingezogen worden.

In der Folge wurde diese Richtung noch schwerer empfunden und wirkte immer schädlicher. Sie verhinderte vornehmlich jede weitere Ausbildung eines staatsrechtlichen Verhältnisses der Landschaft zu dem Gesammtstaate, wie sie durch den Cappelerbrief so trefflich angebahnt war, machte die Stadt misstrauisch und eifersüchtig auf ihre wirklichen und vermeinten Rechte, hemmte jeden politischen

Fortschritt und bereitete eben dadurch eine Revolution vor.

Man blieb nicht einmal bei dem Zustande beharrlich stehen, welchen die Waldmannischen Spruchbriefe nnd der Cappelerbrief festgesetzt hatten. Die Stadt vergass vielmehr die der Landschaft bereits zugesicherten Rechte und suchte sie in Vergessenheit zu bringen. Mehr als eine Gelegenheit wurde benutzt, um die ausgestellten Urkunden den Herrschaften wieder zu entziehen und für kraftlos auszugeben. Schien doch ihr Inhalt in direktem Widerspruche zu stehen mit den Gedanken, die man von erkaufter Herrschaft hegte! Selbst bei solchen Handlungen darf man nicht immer böswillige Arglist oder Lust an Gewaltthat auf Seite der Regierung voraussetzen. Die überall gangbaren Ansichten von Rechten der Regierung, welche inzwischen aufgekommen waren, begünstigten ein solches Verfahren. Oft mochten auch einzelne Bestimmungen, besonders der Waldmannischen Spruchbriefe, wahren Verbesserungen hinderlich scheinen und man wusste nicht, wie man jene passend verändern könne. Die wichtigen Bestimmungen des Cappelerbriefes aber kamen ihrer Natur nach selten zur Anwendung und verloren sich so bei Vielen aus der Erinnerung. Die Gleichgültigkeit der Unterthanen für ihre erworbenen aber nicht ausgebildeten Rechte und das Bestreben der untern Beamteten, der Regierung zu Gefallen zu leben, trug auch von der andern Seite Vieles bei, jenen Zustand herbeizuführen.

Aber immerhin darf es weder entschuldigt noch verheimlicht werden, dass die regierende Stadt zu Ende des achtzehnten Jahrhunderts sogar ein Staatsverbrechen darin zu erkennen glaubte, als die Gemeinde Stäfa am Zürichsee von Küssnach her eine Abschrift jener beiden wichtigen Urkunden begehrte und den Entschluss äusserte, von der Regierung Anerkennung oder Aufschlüsse über eine allfällige Entkräftung derselben zu erbitten. Im Jahr 1795 nämlich, nachdem schon lange die Geschichte der französischen Revolution die Augen aller Welt auf sich gezogen und vielfache Hoffnungen und Wünsche jeder Art überall rege gemacht hatte und

nachdem insbesondere mehrere angesehene Bürger von Stäfa, wie ihre Mitbürger durchgehends annahmen, ungerecht von der Regierung beurtheilt und übermässig hart bestraft worden waren, begehrten einige andere nicht minder geachtete Bürger in der Versammlung des Maiengerichtes zu Oetiken, wo nach alter Weise noch immer alle Gerichtsangehörigen unter freiem Himmel zusammen traten, zwar nicht mehr, um über Erb und Eigen zu urtheilen, aber doch um Wahlen vorzunehmen, dass eine Abschrift des Waldmannischen Spruchbriefes für den Zürichsee und des Cappelerbriefes zu Küssnach geholt und die Urkunden der Gemeinde vorgelesen werden. Die Gemeinde stimmte dem in gehöriger Form durch einen gerichtlich ernannten Fürsprech vorgetragenen Begehren zu, erwählte Abgeordnete nach Küssnach, erhielt die gewünschte Abschrift, und beschloss, von der Regierung Auskunft über deren Gültigkeit zu begehren. Statt nun diese zu ertheilen und auf die veränderten Zeitverhältnisse aufmerksam zu machen, ganz besonders aber das bestehende Recht zu achten, überraschte die Regierung das Dorf plötzlich mit Militärgewalt, setzte eine Menge von Stäfnern ins Gefängniss, verurtheilte mehrere zu lebenslänglicher oder doch mehrjähriger Zuchthausstrafe, legte der Gemeinde und vielen Einzelnen schwere Bussen auf, zog alle Waffen derselben ein und liess sich eine demüthige Unterwerfungsakte ausstellen. So sehr konnten übermässige Aengstlichkeit und Sorge für vermeinte Rechte sowie gekränkter Hochmuth Leute, die der Mehrzahl nach kaum schlecht geartet waren, missleiten und ihnen völlig erlaubte und rechtmässige wenn auch vielleicht nicht gerade sehr zeitgemässe Schritte als Hochverrath und Verbrechen vorspiegeln, welche man ernstlich bestrafen müsse. Schon zwei Jahre später und doch zu spät, als die Franzosen die Schweiz bedrohten, erkannte der Rath sein Unrecht, liess die Gefangenen frei, rief die Verbannten zurück, erstattete ihnen und der Gemeinde die entzogenen Geldsummen wieder und gab auch mit den Waffen jene Unterwerfungsakte zurück [14]).

14) Vergl. Helvetia. Bd. V. S. 37 ff.

Schon oben haben wir das Verderbliche nachgewiesen, was in der Tendenz lag, das Bürgerrecht der Stadt abzuschliessen. Damit verwandt und der gleichen Richtung angehörig ist der Ausschluss aller Landbürger von fast allen öffentlichen Stellen, mit Ausnahme der Untervogtei- und blossen Gemeindeämter. Nicht nur war die ganze Regierung in den Kreis der Stadtbürgerschaft eingeengt und alle Stellen im grossen und kleinen Rathe nur den Stadtbürgern zugänglich. Nicht nur waren alle Ober- und Landvögte, welche vornehmlich für das Wohl der Landbezirke zu sorgen und dort Recht und Ordnung zu handhaben berufen waren, Stadtbürger, sondern selbst alle andern höhern Stellen, in welchen keine Regierungsgewalt lag, wurden nur oder doch fast nur mit Stadtbürgern besetzt, und so blieben die Landbürger höherer Ehre untheilhaft. Dahin gehören die sämmtlichen Militärstellen vom Grade des Hauptmanns an aufwärts, wo der alte Geist, je den Tüchtigsten zu ehren und zu fördern, woher er auch stamme, ein Geist, der in einer Republik am wenigsten fehlen sollte, und doch gerade da so häufig fehlt, erstorben war. Zu den einträglichen Stellen der Landschreiber konnten in der Regel wieder nur Städter gelangen.

Ja selbst der Weg zu kirchlichen Aemtern, namentlich zu Pfarreien, zu gelangen, wurde den Landbürgern immer mehr erschwert; zum grossen Schaden der Kirche, wie des Staates. Denn von jeher, in den ersten Zeiten der Entstehung und Ausbreitung des Christenthums, zur Zeit der Ausbildung und der Herrschaft einer mächtigen kirchlichen Hierarchie, zur Zeit als die Reformation jene Herrschaft siegreich bekämpfte und zur Zeit als das Papstthum selbst wieder neu auferstand und sich behauptete, wann immer sich in der Kirche reges Leben äusserte, war dieselbe sich bewusst, dass die Entfaltung ihres geistigen Reiches auch des Geistes bedürfe, und dass dieser nicht einem einzelnen Stande von Gott zu eigen gegeben worden sei. Daher öffnete selbst die Hierarchie, im Gegensatze zu der damaligen

Staatseinrichtung, ihre glänzendsten Würden und ihre höchste Macht dem Talente, auch wenn es in einer Bauernhütte geboren war. War doch das Haupt der Kirche Christus selbst den äussern Standesverhältnissen nach nur der Sohn eines Zimmermanns. Auch die meisten Reformatoren, auch Zwingli, hatten mit der Geburt zwar viel des göttlichen Geistes, aber eine geringe Weltstellung erlangt. Desto unnatürlicher und lächerlicher musste dem einfachen Verstande es vorkommen, wenn in der zürcherischen Kirche die Landbürger für unfähig gehalten wurden, von dem göttlichen Geiste befruchtet und brauchbare Lehrer der Religion zu werden. Desto ärger musste aber auch in der Kirche selbst Beschränktheit und Geistesarmuth überhand nehmen [15]); denn jede Abweichung vom innern Lebensprincip straft sich selber.

So wird es denn begreiflich, dass man seit dem siebenzehnten Jahrhunderte über eine zunehmende städtische Aristokratie sich beklagte, deren Prätensionen desto grösser wurden, je mehr es an Saft und Mark zu fehlen anfing. Diese Aristokratie war auf eine Anzahl Familien beschränkt, welche sich weder durch eine grosse Geschichte, noch durch einen mächtigen über das Land sich hinbreitenden Grundbesitz, noch sonst durch irgend erhebliche Adelschaft auszeichneten, sondern ihren mässigen Wohlstand grossen Theils durch Handel und Erwerb errungen hatten und einzig etwa in einzelnen Gliedern, die in fremdem Kriegsdienste zu höhern Ehren gelangten, gehoben wurden. Sie hatte daher auch nie den grossartigen Charakter des stolzen Bernerpatriciats, sondern behielt einen Anstrich von spiessbürgerlicher Beschränktheit und Krämerei. Sie war eher hochmüthig als stolz, eher ängstlich als herrschsüchtig, eher nach Gewinn als nach Ehre begierig, eher kaufmännisch als adelich.

---

15) Wie schmerzhaft jene Zurücksetzung von aufstrebenden Landbürgern empfunden wurde, zeigt das in der Helvetia abgedruckte Memorial des Stäfners Nehracher von 1794. Bd. V. S. 10 und 13.

Am offenbarsten zeigte sich diess in der Beschränkung der Handelschaft. Diese wurde nämlich als ein ausschliessliches Recht der Stadt angesehen. Und obwohl auf der Landschaft Fabrication einheimisch ward, so durfte doch der fabricirende Landmann weder den rohen Stoff beziehen, wo er wollte, noch die verarbeitete Waare verkaufen, wohin er wollte. Immer war er genöthigt, sich an Stadtbürger zu wenden und die Preise zu bezahlen oder zu erhalten, welche dieser kleine Kreis von Verkäufern und Käufern zu bestimmen für gut fand. Verletzungen dieses Privilegiums der Stadtbürger wurden hart bestraft und ein besonderes kaufmännisches Directorium überwachte die Beobachtung jener Vorschriften.

Die Vergleichung eines solchen Zustandes mit dem zwar rohern aber freiern der innern demokratischen Länder, oder mit dem zwar stärker verschuldeten aber der Entwicklung einzelner Talente und der Realisirung der Staatsidee günstigern Zustande benachbarter deutscher Staaten, fiel daher keineswegs in allen auch nicht in manchen Hauptrücksichten zum Vortheile der züricherischen Staatsordnung aus; und wer möchte es gerade den rüstigern, geistigern Menschen verargen, wenn sie sich nicht immer behaglich fühlten.

Auf der andern Seite aber war das Regiment der Stadt, wo nicht die Herren gereizt waren, milde und wohlwollend. Und wie sich der Sinn der Stadt von jeher durch Humanität und Wohlthätigkeit auszeichnete, so wurde auch die Regierung diesem Charakter selten untreu. Eine gewisse Hablichkeit setzte sich, wie in der Stadt, so auch auf der Landschaft fest, ein sicherer Verdienst lohnte die keineswegs sehr mühevolle Arbeit reichlich, verständiges aufgewecktes Wesen blieb dem Zürcher eigen, gemeinnützige Bestrebungen fanden vielfältigen Anklang und verbreiteten Gutes, die Achtung vor reinen Sitten erhielt sich in dem Volksgeiste und erhob die Familien. Der Stoff des echten gesunden Lebens war nicht vergiftet. Es fehlte

nur an der gehörigen geistigen Freiheit, um ein schönes Bild eines kleinen aber lebendigen Staates darzustellen.

Der Organismus der Staatsformen blieb sich übrigens während dieser ganzen Zeit ziemlich gleich. Die Landschaft, zu welcher nun auch einige neue Herrschaften, namentlich Wädenschwyl, Sax, Pfyn, Weinfelden u. s. f., hinzugekommen waren, wurde noch immer durch Vögte regiert, welche von der Stadt über die einzelnen Herrschaften gesetzt wurden. Das ganze Gebiet zerfiel nun in eine Anzahl (später achtzehn) sogenannter innerer Vogteien und in eine um weniges geringere Zahl von äussern Vogteien[16]. Die innern Vogteien wurden durch Obervögte verwaltet, welche der grosse Rath aus der Mitte des kleinen ernannte und welche in der Stadt ihren Wohnsitz hatten. In den äussern Vogteien, welche durchgehends von grösserem Umfange waren, regierten die städtischen aus dem grossen Rathe gewählten Ober- oder Landvögte in den obrigkeitlichen Schlössern residirend. Früher wurden die Vögte gewöhnlich auf drei, später seit 1543 meistens auf sechs Jahre bestellt[17].

Die Gewalt dieser Vögte ist noch immer zugleich eine richterliche und eine administrative. Nur ward die Stellung derselben als Kriegshauptleute mit der Zeit von der wichtiger gewordenen Stellung als höherer Polizeibeamteten (Polizei im weitern Sinne gefasst) oder Regierungsbeamten in den Schatten gestellt. Nach oben hin wurden sie von dem Rathe beschränkt, dessen Aufträge sie zu vollziehen und dem sie Rechenschaft abzulegen hatten. Nach unten fanden sie in den hergebrachten Amts- und Herrschaftsrechten, in der alten freien Gerichts- und Gemeindeverfassung und in den meistens aus angesehenen Bürgern der betreffenden Vogtei gewählten Untervögten theils nähere Begränzung, theils Bestimmung und Richtung ihrer Macht. Die ihnen zukommenden nicht erheblichen Gebüh-

16) Vergl. Simmler Reg. d. Eidg. S. 482 ff.

17) M. S. 144 S. 45, 46 und Erk. von 1504 und 1515.

ren waren genau fixirt, und unrechtmässiger Bedrückung oder Bestechlichkeit schwere Strafen angedroht. Auch genossen und verdienten die züricherischen Vögte durchgehends den Ruf der Rechtlichkeit und zeichneten sich vor andern, zumal aus den demokratischen Cantonen in die gemeinen Herrschaften gesandten Vögten sehr vortheilhaft aus[18].

Jede Herrschaft hatte ihre eigenthümliche Oekonomie, und die Ausgaben für Strassen, Gefängnisse und andere öffentliche Anstalten wurden dann auf die Gemeinden und durch diese vermittelt auf die Haushaltungen in der Herrschaft verlegt. Man nannte diess den Brauch (Verbrauch oder Gebrauch)[19]. Andere Steuern, welche von der Stadtregierung für Staatszwecke auferlegt und durch die Vögte bezogen wurden, ausser den indirecten vom Salzhandel und den Posten herrührenden Einkünften, ausser dem Antheil der gerichtlichen Bussen, welcher in die Staatskasse abgeliefert werden musste und ausser den hergebrachten der Stadt zugehörigen Reallasten konnten nur dann von der Landschaft gefordert werden, wenn die Bürger in der Stadt gleichmässig besteuert wurden, und kamen auch nur ausserordentlicher Weise vor, z. B. wegen kriegerischer Rüstungen u. s. f. In alter Form wurde die Steuer dann gemeiniglich nach dem Vermögen verlegt, jedoch so, dass die Gewohnheiten in den verschiedenen Gegenden freien Spielraum behielten. Es finden sich hier oft sehr eigenthümliche Bestimmungen. In der Stadt Zürich z. B. war jeder Bürger pflichtig, sein ganzes Vermögen, liegendes und fahrendes, das letztere aber nur mit sehr umfassenden Ausnahmen (Wehr und Waffen, Silbergeschirr, Kleinodien, Hausrath, Kleider, Bibliotheken und Handwerkszeug mussten nicht versteuert werden) zu einer bestimmten Quote, mei-

---

18) Ueber den Zustand der gemeinen Vogteien und besonders F. Meyers Gemeinde Locarno. I. S. 101 ff. 116 ff. 280 ff.

19) Vergl. Grafschaftsrecht von Kyburg 35. 36. Herrschaftsrecht von Andelfingen 3. Pestalutz II. 54.) von Wülflingen 32. 33. (Pest. (I. 37), von Regensberg 89. (Pest. I. 206), Grüningen 41. Pest. I. 97.)

stens ein, vom Tausend, zu versteuern. Die Steuer wurde dann auf einen bestimmten Tag der Vorsteherschaft der Zunft, zu welcher der Pflichtige gehörte, und mit welcher er diente, gebracht, da auf den Tisch gelegt und nun in Gegenwart des Steuernden ungezählt in eine Schüssel geworfen, deren Gesammtinhalt bloss am Ende gezählt wurde. Persönliches Vertrauen auf der einen Seite, und die Scheu vor öffentlicher genauer Kunde über die Grösse des Vermögens der Einzelnen lagen jener Form zu Grunde.

Ganz entgegengesetzter Art war das Steuerrecht in dem Landstädtchen Elgg regulirt. Wenn nämlich Vogt und Räthe meinen, es habe einer sein Vermögen zu niedrig angeschlagen:

„So mögen sich von wegen dess Fleckens, der gerichtsher, ouch jettlicher Burger, das gut vmb das gelt, wie das der bim eyd anngeben und gestürt hat, wol an sich ziehenn vnnd erkouffen. — Von sölichem ligenndem ald varendem gut, sol der so unrecht gestürt hat nüt mer nemen dann sin hochzitlich ald eeren kleid anleggen, das mit der gürttel zubinden, vnnd von stundan von hus vnd hof, von allen sinen guettern vnd dero gewer dnv gwalt gan, sich des verzihen, vnd sollichs dem köuffer mit vollem rechten zu Erb vnd eigen zu stellen vnd folgen lan[20]).

Man wird dabei unwillkürlich an den Vermögenstausch der steuerpflichtigen Athenienser erinnert. Dem germanischen Rechtsleben ist sonst dieser tiefdringende Eingriff in die Rechtssphäre der Bürger zu Gunsten von öffentlichen Interessen fremde, zumal dem Rechtsleben des Mittelalters.

§. 5. Die Gerichtsverfassung.

1. Schon längst war die weltliche Gerichtsbarkeit von dem Zusammenhange mit der gemeinen Reichsverfassung abgelöst und in der regierenden Stadt concentrirt worden, als der Rath die Gelegenheit des Glaubenskampfes rasch benutzte, um auch die geistliche Gerichtsbarkeit dem

20) Herrschaftsrecht von Elgg von 1535. Art. 56, 5. (Pest. I. 352.)

Einflusse des Bischofes von Konstanz zu entziehen. Im Jahr 1525 wurde ein eigenes in der Stadt Zürich residirendes Ehegericht errichtet und den Unterthanen untersagt, sich nach Konstanz zu wenden. Als Hauptgründe werden in dem Rathsbeschlusse freilich nur die grossen Unkosten und der langsame Processgang hervorgehoben, welche mit dem Verfahren in Konstanz unzertrennlich verbunden seien. Das Ehegericht war daher gleich Anfangs für den ganzen Canton berechnet, und selbst andern Eidgenossen wurde die Möglichkeit eröffnet, sich zur Entscheidung ehegerichtlicher Streitigkeiten mit Vorwissen ihrer Obrigkeiten an das zürcherische Gericht zu wenden[21]). Dasselbe wurde Anfangs aus zwei Leutpriestern, zwei Gliedern des kleinen und zwei Gliedern des grossen Rathes, später seit 1538 aus drei Klein- und drei Grossräthen besetzt, und die Berufung an den Rath verstattet: so dass gleich in der ersten Einrichtung sich die veränderte Ansicht über das Verhältniss des Staates zur Kirche kund gibt und jener sich den grössern Einfluss sichert.

2. Das Stadtgericht für die Stadtbürgerschaft und die nächste Umgebung der Stadt unter dem Vorsitze des Schultheissen als Schultheissengericht, für einige Vogteien am Zürichsee als Vogtgericht sich darstellend, hatte fortwährend auf die Fortbildung des Rechtes den grössten Einfluss. Seine Stellung zum Rathe blieb sich wesentlich gleich und auch das Processverfahren änderte sich wenig. Noch einmal im achtzehnten Jahrhunderte kam die Competenz des Stadtgerichtes gegenüber dem Rathe zum Streit und der Rath rügte es im Jahr 1730 als Anmassung, dass das Stadtgericht auch über Erb nnd Eigen richte. Aber es war diese Rüge weder klar gedacht, noch wurde

---

21) Rathsbeschluss von 1525: „Und ob von unsern getrüwen lieben Eydgenossen, vs welchem Ort das wäre, etwan parthyen kemind, die umb des minsten kostens willen by uns in Elichen sachen daz recht suchen vnd bruchen weltind. Wenn dann dieselben bed parthyen, jede von der oberkeit brieff vnd sigel bringend, das inen sölich recht an ze nemen verwilliget sye, so söllend sy umb sunderer fruntschafft willen angenommen werden."

das ursprüngliche, aber längst ausser Uebung gekommene, Competenzverhältniss strenge durchgeführt[22]).

Die Zahl der Urtheiler (in der Folge Richter genannt) am Stadtgerichte ward schon 1535, aber nur vorübergehend, auf zwölf erhöht, 1537 wieder auf acht beschränkt, dann 1668 um zwei und nach dem Stadtrechte von 1715 um zwei neue Mitglieder dauernd vermehrt. Diese zwölf Richter des Stadtgerichtes bestanden dann wieder aus sechs stäten, drei Mittel- und drei neuen oder jungen Richtern. Die beiden letztern Classen wurden nur auf je ein halbes Jahr gewählt, die stäten Richter dagegen blieben dauernd bis zu weiterer Beförderung in diesem Amte. Sie und die Mittelrichter mussten vorher schon gerichtliche Funktionen besorgt haben; das Amt der jungen Richter dagegen diente gewöhnlich zur ersten Stufe für Männer, welche sich den öffentlichen Geschäften widmen wollten[23]).

3. Die Gerichtsbarkeit des Rathes dehnte sich, zumal in Strafsachen, noch immer aus und zwar nach zwei Richtungen hin. Die eine war mehr eine innerlich anwachsende Erweiterung der Strafbefugnisse, die andere mehr eine äussere Beschränkung der übrigen Gerichte.

Die Idee des Staates, welche in den alten mehr privatrechtlichen Formen, wie der Schmetterling in der Puppe, noch verhüllt lag, äusserte doch schon in einzelnen Gebieten ihre Lebenskraft, voraus im Strafrechte. Das Bewusstsein, dass durch das Verbrechen weniger nur das Privatrecht eines einzelnen Bürgers als vielmehr die Rechtsordnung des Ganzen verletzt werde, und dass die verbrecherische Gesinnung, wie sie sich gegen die allgemeine Rechtssicherheit und den gemeinen Frieden empöre, auch von Staats wegen zu unterdrücken und zu bestrafen sei, war schon längst für die wichtigsten Verbrechen erwacht, durchzog nun aber immer weitere Kreise von Vergehen. Die verbreitete Zügellosigkeit und Verwilderung, grossen Theils

22) Vergl. oben Buch II. §. 12 S. 175. U. Man. v. 28. Oct. 1730.
23) Gerichtsb. v. 1620 und Stadt- und Landrecht. Thl. I und II.

die Folge der frühern Kriege und Fehden, machten strengere Strafen nothwendig. Der sittliche Ernst und die Strenge, welche die Reformation den Gemüthern aufgeprägt hatte, machte geneigter, harte Strafen anzuwenden und schien das Bestreben des Rathes, seine Gewalt zu vermehren, zu rechtfertigen. So fielen immer mehr Vergehen den höhern Gerichten zur Beurtheilung und Bestrafung anheim und der Rath, als höchstes Tribunal, durfte es wohl wagen, wo er immer das Interesse des Staates betheiligt glaubte, nöthigen Falls selbst einzuschreiten und dergleichen schwerere Sachen seinem Forum zu unterwerfen, auch wenn sie nach der ältern Verfassung der Competenz eines tiefer stehenden Gerichtes zugefallen wären.

Die zweite Richtung, in welcher die Macht des Rathes wuchs, lag in der Neigung zu grösserer Centralisation und Beschränkung der Gewalt der Herrschaftsgerichte. Das Blutgericht wurde allmählig auch den verschiedenen Landvogteien entzogen, und nur die grossen Landvogteien Kyburg und Grüningen, sowie die Städte Winterthur und Stein, behielten ihr eigenes einheimisches Blutgericht.

4. Die Gerichtsverfassung auf der Landschaft erlitt auch im Civilprocesse stärkere Veränderungen. Zu Ende der vorigen Periode noch stand fast das ganze Privatrecht unter dem Schutze der grundherrlichen und vogteilichen Gerichte. Auch hier finden wir die städtische Herrschaft eine centralere auf grössere Gerichtssprengel ausgedehnte Rechtspflege begünstigen. Da die Stadt selbst in den Besitz einer Menge von Grundherrschaften und besonders Vogteirechten gelangt war, und die grösseren Herrschaften als zusammengehörige, unter Einem Land- oder Obervogte stehende Bezirke betrachtete, in welchen möglichst wieder dasselbe Recht gelten sollte, so war es in der That ein naturgemässer Fortschritt, als umfassende Herrschaftsgerichte an die Stelle der frühern niedern Gerichte traten. Gewöhnlich genügte dann Ein Gericht für die ganze Herrschaft; nur die weitläufige Grafschaft Kyburg erhielt

drei solcher Grafschaftsgerichte für Civilsachen. Diese Veränderung steht im Zusammenhange mit der Abfassung von Herrschaftsrechten, von der im folgenden Paragraphen näher die Rede sein wird.

War nun aber so die bürgerliche Rechtspflege in der Herrschaft an Einen Ort und Ein Gericht gebunden, so trat auch die lebhafte Antheilnahme des ganzen Volkes an derselben zurück. Was früher als Recht jedes Bürgers betrachtet wurde, fing man an als Last desselben anzusehen, welcher man sich gerne entzog. Und wie in der Stadt das Stadtgericht den sogenannten Umstand eingebüsst hatte, so blieben nun auch auf der Landschaft die übrigen Bewohner zu Hause und überliessen den wenigen berufenen gewöhnlich zwölf Urtheilern das ganze Geschäft der Urtheilfindung. Diese nahmen dann allmählig den Charakter von ordentlichen Beamteten an. Die Verhandlungen wurden in feste Gerichtshäuser eingeschlossen und so wurde auch hierin die moderne, staatliche Rechtsentwicklung vorbereitet.

Das Grüningerherrschaftsgericht z. B. bestand aus zwölf Richtern, welche verschiedenen Orten angehörten, und von dem Vogte ernannt wurden[24]).

Das Gericht von Andelfingen bestand früher aus vier, später auch aus zwölf, sechs stäten und sechs je auf ein Jahr bezeichneten Richtern[25]).

Glücklicher Weise erhielten sich indessen die Lebensnerven des deutschen Processverfahrens, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wenn auch in veränderter und theilweise beschränkter Form, doch dem Wesen nach bis auf die neueste Zeit, während sie in dem deutschen Reiche von der antinationalen Tendenz der gelehrten Juristen zerstört wurden, und nunmehr, trotz der allgemeinen Sehnsucht nach den verlorenen Gütern, nicht ohne grosse

---

24) Herrschaftsrecht v. 1668. Art. 16. (Pest. I. 69).

25) Herrschaftsrecht von Andelfingen. Art. 61 und 43 (Pest. II. 72 und 64) St. M. v. 28. Juli 1624.

Schwierigkeit ins Leben zurückgerufen werden können[26]).

Daneben blieben die alten Herbst- und Maiengerichte noch an manchen Orten fortbestehen, aber wenn sie sich auch äusserlich erhielten, so wurde doch ihre frühere Bedeutsamkeit von den Herrschaftsgerichten absorbirt. Zu dieser Schwächung trug offenbar auch die Möglichkeit, an den Rath zu appelliren, Vieles bei, denn dadurch musste das Gefühl der Bewohner, dass alles Recht in und aus ihrer Mitte gefunden werde, und mit ihm das Interesse an der Rechtspflege schwinden. Ebenso war der Ausdehnung der Competenz der Herrschaftsgerichte das Princip günstig, dass alle Concursverhandlungen und die daraus entspringenden zahlreichen Processe vor die „Oberhand" gehören.

Wo die Stadt die Gerichtsherrlichkeit nicht in vollem Umfange besass, sondern einzelnen Gerichtsherrn die niedern Gerichte zustanden, konnte freilich das Herrschaftsgericht nicht so leicht seine Gewalt erweitern. Sie verhielten sich nun aber immer nur als Ausnahme zur Regel, und gerne ergriff die Stadt jede Gelegenheit, sich dergleichen Rechte zu erwerben. Einzelne Gerichtsherrn, die damit verbundenen Kosten scheuend, verzichteten auch wohl freiwillig auf ihr Recht. Und wo sich die Gerichtsbarkeit erhielt, wurde sie doch oft durch den auf seine Competenz eifersüchtigen und dieselbe mehrenden Vogt der Stadt vielfach gehemmt. Widerwärtige Competenzstreitigkeiten, welche die betheiligten Privaten mehr noch belästigten als die Gerichtsherrn, finden sich während dieser langen Periode sehr häufig.

Als Beispiel, wie diese Verhältnisse schon frühzeitig angesehen wurden, mag die Beschwerdeschrift der Bauern aus dem Amte Grüningen vom Jahr 1525 dienen. Der dritte Beschwerdepunkt, den dieselben der Regierung vorlegten, heisst:

---

26) Vergl. vorzüglich die schönen Untersuchungen in Maurers Gesch. des öffent. mündl. Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824.

Glauben sie (die Bauern) an Einem Gericht im Amt Grüningen genug zu haben und hoffen demnach, aller übrigen kleinen Gerichte entledigt zu werden.

Worauf der Rath erwiedert, er könne die niedern Gerichte nicht ohne weiters abschaffen:

Sollten indessen die Herrschaften erwähnte Gericht an sich zu lösen wünschen, so werden M. H. H. ihr Besstes thun, ob solches möge zu Stande kommen.

5. Sehr einflussreich für den Rechtsverkehr besonders mit Grundstücken wurde noch das neue Institut der Landschreiber (Notare).

Bekanntlich war die gerichtliche Fertigung der Veräusserungen von Liegenschaften an die Stelle der alten Auflassung getreten. Nichts scheint natürlicher als der Uebergang der ersten in die Form notarialischer Eintragung in ein öffentliches Buch und der Ausfertigung besonderer Urkunden durch die Landschreiber. Und es lässt sich auch ein innerer Zusammenhang zwischen den verschiedenen, aber von den nämlichen Grundprinzipien durchdrungenen Formen gar nicht verkennen. Das Geschäft, welches man vorher dem versammelten Gerichte eröffnet hatte, wurde in der Folge lediglich seinem Schreiber eröffnet, und noch immer wurde die Urkunde von dem Vorsteher des Gerichtes, dem Vogte, besiegelt. Die Veränderung scheint sich daher fast von selbst gemacht zu haben. Dessen ungeachtet war die Sicherheit jenes Institutes während des sechszehnten Jahrhunderts noch sehr gefährdet und es zeigt sich ein gewisses Schwanken in dem Rechtszustande, das nur nach wiederholten Anstrengungen beseitigt ward. Besonders für Verpfändungen von Grundstücken fing man schon an, es weniger genau zu nehmen. Dem Stadtschreiber ward es verstattet, überallhin, auch auf die Landschaft, Zinsbriefe zu schreiben und nur den Schuldnern zur Pflicht gemacht, solche von dem Obervogte besiegeln zu lassen. Ja es finden sich gar nicht seltene Beispiele, dass Schuldbriefe ohne Zuzug eines öffentlichen Schreibers und selbst ohne Besiegelung durch die Ober-

vögte errichtet wurden. Die Eintragung in ordentliche Protokolle geschah oft lässig, oft gar nicht. In der Stadt durften die Bürgermeister und Zunftmeister die Urkunden durch ihr Siegel bekräftigen. Zuweilen wurden auch andere geschworene Schreiber ausserhalb des Gerichtskreises, in dem das Grundstück lag, um die Fertigung angegangen. Kurz das ganze alte Institut, worauf auch der moderne Rechtsverkehr noch immer beruht, war einer innern Auflösung nahe. Gewinnsucht einzelner Beamteter, wie namentlich der gelehrten Stadtschreiber und anderer geschworener Schreiber und der Einfluss des römischen Rechts, in dem das germanische Institut keine Begründung fand, gefährdeten seine Existenz.

Aber wie in andern Staaten trugen auch hier die althergebrachte Gewohnheit, das Bedürfniss des Lebens und die Vortrefflichkeit des Institutes selbst am Ende den Sieg davon, und von neuem stellte sich das Grundprinzip her, dass Verpfändung sowohl als Veräusserung von Liegenschaften einer bestimmten öffentlichen Form zu ihrer vollen Wirksamkeit bedürfen. Als solche wurde die Eintragung in ein öffentliches, von einem Landschreiber je für einen Gerichtssprengel geführtes Buch, und die Ausfertigung unter dem Siegel der Vögte von neuem nothwendig und nur die Stadtbürger behielten ein ihnen selbst nicht zuträgliches Privilegium der Unordnung, indem die von ihnen ausgestellten Privaturkunden den öffentlichen Urkunden gleich gestellt blieben.

Für die Grafschaft Kyburg wurde schon im Jahr 1542 ein Landschreiber geordnet und dem Stadtschreiber untersagt, in seinen Sprengel einzugreifen[27]). 1561 wurde den

27) R. R. B. Bd. 62 S. 75. Für das Verhältniss der Untervögte zu den Obervögten in dieser Beziehung hat folgende Stelle aus dem Rathsman. von 1507 (I. 19) Interesse: „Als dann vns anbracht ist, wie vnser vnderfögt in der grafschaft Kyburg so er zuo gericht size, die selben hendel all sy weren gross oder klein, so man brieflich vrkund erfordre, mit sinem eignen sigel sigle vnd hinder vnserem oberfogt vnd aber darInn zuo künftigem

Vögten auf dem Lande und in der Stadt befohlen, keine Briefe zu siegeln, wenn sie nicht von einem geschwornen Schreiber geschrieben seien[28]). 1602 wurde auch für das Amt Grüningen Jedermann, ausser dem bestellten Landschreiber, verboten, Schuldbriefe zu fertigen. Ebenso wurden nach und nach für alle Herrschaften eigene Schreiber mit der Führung der Notariatsprotokolle beauftragt[29]).

§. 6. Die Rechtsquellen.

1. In das sechszehnte Jahrhundert fällt die Abfassung zahlreicher Rechtsbücher, sowohl für die Stadt als für die Landschaft. Dort wurde das sogenannte Gerichtsbuch des Stadtgerichtes erst abgefasst, als die Abtei Zürich untergegangen war und der Rath das Recht erworben hatte, den Schultheissen zu setzen.

Die älteste Recension desselben fällt wahrscheinlich in die dreissiger Jahre des sechszehnten Jahrhunderts. Ohne eine systematische Ordnung zu beobachten, enthält dieselbe hauptsächlich Vorschriften über das Schulden- und Concurswesen.

Auch äusserlich stellt sie sich nicht als fertiges, abge-

---

schaden vnd nachteil möcht bringen dann billich vmb ewig koif vnd (!) eigen och erb ald dergliche hendel, die vnderfögt nüt sölten siglen sunder ein oberfogt, damit der dest fürer der oberkeit vnd der grafschaft Kiburg rechtung möcht nachkomen vnd aber die biderben lüt vss der grafschaft Kiburg deshalb vermeinten beschwärt zu sin vnd vns etlich brief liesen sehen vnd hören, die von den vnderfögten bi ziten der herschaft von österrich als Kiburg In derselben hand stuond, besigelt sind gewesen, vmb hendel vor gericht da uss gefertigt, dessglich etlich brief sid Kiburg In vnser hand ist gestanden, vnd wir daz alles geherten habent demnach wir vns erkent vnd entschlossen, wen sy jemant gericht wellen han, daz sy dann dem vogt von Kiburg daz verkünden vnd warumb, kompt dann der vogt vnd besitzt gericht, daz dann ein vogt selbs sigle vnd nit der vnderfogt mit sinem sigel besiglen vnd doch daz dar In ganz kein gefärd gebrucht werde, vnd vnabbrüchlich och on schaden sin sölle, vns von wegen vnser grafschaft Kiburg an vnser rechtung vnd oberkeit.

28) St. M. v. 28. Febr. 1561. Vergl. Mandat v. J. 1529.

29) Mandat v. 1653 und 1667."

schlossenes Gesetz dar, sondern nur als Sammlung, die fortwährend verbessert werden kann. Manche Artikel sind später wieder durchgestrichen, neuere Verordnungen eingeschaltet worden. Der Inhalt ging seinem wesentlichen Theile nach durchaus in die folgenden Recensionen über.

Umfassender und systematischer dagegen ist die zweite Recension bearbeitet. Sie führt den Titel: „Gerichtsbuch des frigen Gerichts der Statt Zürich mit synen Ordnungen vnnd Satzungen, Ernüweret vnnd gebesseret, uss Befelch eines Ersamen Raths Anno 1553[30])."

Das ganze Buch ist in sieben Theile getheilt. Der erste handelt von Besetzung und Haltung des Gerichts, ferner den Pflichten und Besoldungen der Gerichtsbeamteten. Der zweite spricht von der Competenz des Stadtgerichts und seinem Verhältnisse zum Rath, an den der Zug (nicht die Appellation) geht, und führt einige Bestimmungen über die Beweisführung bei. In dem dritten Theile finden sich das althergebrachte System der gesetzlichen Erbfolge und Vorschriften über zinsbare Darlehen. Der vierte Theil beschäftigt sich mit dem Güterrechte der Ehegatten, der fünfte mit dem Eintreiben der Schulden; der sechste enthält das Auffallsrecht, und in dem siebenten endlich sind mancherlei andere Bestimmungen zusammengestellt, die der Verfasser nicht anderswo unterzubringen wusste, namentlich aber über Pacht und Kauf.

Am Schlusse der einzelnen Bücher finden sich dann mehrere Nachträge, welche spätere Beschlüsse des Rathes nach 1553 enthalten. Besonders zahlreich kommen sie vor am Ende des siebenten Theiles, wo der offen gelassene Raum des Papiers neue Zusätze leichter verstattete. Diese Zusätze wurden nun später wieder geordnet und unter die sieben Abschnitte vertheilt, und so entstand die dritte Re-

30) Ein Exemplar davon befindet sich im Besitze des Herrn Staatsraths Meyer von Knonau, ein zweites ist in der neuesten Zeit von seinem Sohne, Herrn Staatsarchivar Meyer von Knonau, in dem Staatsarchiv mit einer ganzen Sammlung von Gerichtsprotokollen wieder ans Tageslicht gefördert worden.

cension vom Jahr 1620. Sie nahm das Gerichtsbuch von 1553 mit unbedeutenden Ausnahmen ganz in sich auf, und schaltete nur die neuern Beschlüsse am gehörigen Orte ein. Zur Vorsicht wurden nunmehr in den meisten Exemplaren jedesmal am Schlusse eines Theiles eine Anzahl Blätter leer gelassen, um dieselben desto bequemer durch neuere Verordnungen ergänzen zu können. Gleichzeitige oder wenig spätere Handschriften dieser letzten Recension sind gar nicht selten. Einige stellen sich als authentische dar.

2. Viel umfassender und ausführlicher sind zwei Rechtsbücher aus dem Anfange des achtzehnten Jahrhunderts, das Stadt- und Landrecht von 1715 und das Stadterbrecht von 1716. Die Vorbereitung zu dem Erbrechte fällt noch ins Ende des siebenzehnten Jahrhunderts. Wenigstens ist der Entwurf des Erbrechts, wie er im Jahr 1695 den Zünften vorgelegt wurde, bekannt. Zu der Revision des Stadtrechtes dagegen, wenn es schon früher vollendet wurde, ertheilte der Rath erst am 13. Dezember 1713 den Auftrag. Die Verhandlungen der Redactionscommission finden sich im Staatsarchiv.

Die beiden Rechtsbücher haben zur Stunde noch volle Gültigkeit und das Ansehen ordentlicher Gesetzbücher für unser Particularrecht. Sie hatten zwar keineswegs die Absicht, die verschiedenen Statuten, die für einzelne Herrschaften und Gemeinden des damaligen zürcherischen Gebietes sich erhalten hatten, zu verdrängen. (Stadt- und Landrecht X, §. 71. Erbr. III, §. 14). Diese wurden vielmehr ausdrücklich vorbehalten. Aber sie wurden doch von Anfang an als eine Darstellung des gemeinen zürcherischen Rechtes aufgefasst, welches allenthalben da gelte, wo nicht ausnahmsweise abweichende Statuten etwas anderes verfügen. Und da ein Absterben der kleinern individuellen Unterschiede überhaupt in dem Charakter des nach allgemeinen Grundsätzen strebenden achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts lag, so musste nothwendig eine Menge von einzelnen Abweichungen jener Statuten zurückgedrängt, andere mit den Grundsätzen des Stadt- und

Landrechts vermengt und von diesen absorbirt werden. So wurde die Herrschaft des letztern immer ausgedehnter und ausschliesslicher.

Wer das Stadt- und Landrecht oder das Erbrecht ausgearbeitet habe, ist noch unbekannt. Beide Arbeiten unterscheiden sich indess wesentlich von einander. Das erstere Rechtsbuch hält sich in Form und Ausdruck sowohl als in der Auswahl des Stoffes theils an das alte Gerichtsbuch, theils an einzelne, vorher schon erlassene Rechtsverordnungen und Gesetze. Es lässt sich fast von jedem einzelnen Artikel nachweisen, woher er genommen wurde. Ganz anders verhält es sich mit dem Erbrecht. Dieses ist der Grundlage des Systems nach zwar nicht neu, aber das bisherige Erbrecht wurde doch völlig umgearbeitet, erlitt wesentliche Modificationen, eine Menge weiterer Ausführungen und auch viel neuen Stoff. Es ist dieses in der That eine originäre, gesetzgeberische Arbeit.

Die Anordnung des Stadt- und Landrechts ist etwas schlechter als die des Erbrechts, die Sprache in beiden oft verworren und gedehnt. Es ist in der That auffallend, das die Urkunden und Rechtsquellen des dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts durchweg viel klarer, sorgfältiger und präciser abgefasst sind, als ähnliche juristische Arbeiten aus dem vorigen Jahrhundert. Die Lappen fremder, meist lateinischer, ganzer und halber Wörter, die, um mit der Gelehrsamkeit recht auffallend zu prunken, auch mit lateinischen Buchstaben mitten in deutsche Sprache und Schrift hineingetragen wurden, geben allein schon ein anschauliches Bild des Geistes jener Zeit.

Ueber den Stoff dieser Rechtsbücher ist im Allgemeinen zu bemerken: das Stadt- und Landrecht behandelt mit besonderer Vorliebe die Verhältnisse des Obligationenrechtes, namentlich die für unsern Verkehr so wichtigen und eigenthümlich behandelten Schuldbriefe und das Auffallsrecht. Das Sachenrecht wird, wenn man von dem Pfandrechte absieht, das mit den Schuldverhältnissen aufs engste verbunden ist, fast gar nicht beachtet, das Familien-

recht nur beiläufig und in untergeordneter Weise bedacht. Es ist insbesondere auffallend, dass die Güterverhältnisse der Ehegatten viel sorgfältiger und ausführlicher in dem Gerichtsbuche von 1553 behandelt wurden als hier. Es ist möglich, dass man Anfangs die Absicht hatte, das Güterrecht der Eheleute in einem besondern Matrimonial-Gesetze zu behandeln. Ein solches wurde in der That von dem nachherigen Bürgermeister Hans Jakob Leu ausgearbeitet und im Jahr 1719 angenommen. Während die beiden andern Gesetze aber mehrfach im Druck erschienen sind, zuletzt im Jahr 1829, so findet sich dagegen jenes Matrimonialgesetz nur handschriftlich vor. Seither ist dasselbe mehrmals umgearbeitet worden, allein jene Verhältnisse wurden darin doch nicht näher abgehandelt. Das Personenrecht wird ebenfalls nur in so fern berücksichtigt, als der Befugniss, vor den Gerichten handelnd aufzutreten, bei Gelegenheit der Gerichtsverfassung erwähnt wird.

Das Erbrecht zerfällt in drei Abschnitte: 1) Lehre von den Testamenten; 2) Intestaterbrecht; 3) von Codicillen, Legaten u. s. f. Die gesetzliche Erbfolge ist sehr eigenthümlich ausgebildet und durchgängig deutsch. In dem ersten und dritten Theil dagegen zeigt sich weit mehr der Einfluss römischer Rechtsbegriffe, ungeachtet auch hier die Namen und Ausdrücke oft viel römischer klingen, als die Sache und der Rechtsstoff es wirklich ist.

3. Auf der Landschaft verlieren die Offnungen zugleich mit den niedern Gerichten ihre Bedeutung, und es wurden neue Herrschaftsrechte gesammelt, den Herrschaftsgerichten entsprechend. Im sechszehnten Jahrhunderte wurde das Kyburgergrafschaftsrecht mehrmals neu aufgelegt und neue Herrschaftsrechte für Andelfingen, Knonau, Regensberg, Eglisau angelegt. Nach und nach erhielten alle verschiedenen Herrschaften auch ihre eigenthümlichen Statuten.

Die Art, wie dieselben entstanden sind, hat noch viel Aehnliches mit der Entstehungsweise der Offnungen. Sie waren wieder nicht das Werk einer Gesetzgebung von oben herab, sondern dem Hauptinhalt nach durchaus eine

Findung des Rechts von unten herauf aus dem Volke. Die ältesten und angesehensten Männer aus den einzelnen Herrschaften, welche das bestehende Recht am besten kannten, traten gewöhnlich zusammen mit den Vögten oder besondern Abgeordneten des Rathes, benutzten die vorhandenen schriftlichen Dorfoffnungen, theilten ihre Kunde von dem geltenden Rechte mit, suchten sich über ein gemeinsames Recht zu vereinbaren, und legten dann das neue Rechtsbuch sowohl den Gemeinden des Amts als dem Rathe zur Genehmigung vor[31]). Eine Gesetzgebung, wie sie für einen niedern und gleichmässig über das Volk verbreiteten Kulturzustand vollkommen passt, einer höhern Kultur aber, trotz ihrer Volksthümlichkeit, nicht genügen kann.

Das Verhältniss dieser Amtsrechte, wie wir sie nennen wollen, war gegenüber den Dorfoffnungen ähnlich, wie das Verhältniss des Stadt- und Landrechts gegenüber jenen Amtsrechten. Diese galten subsidiär und verdrängten allmälig, ohne Abschaffung, eine Menge particularer Abweichungen. Hinwieder wurden sie von dem gemeinen Stadtrechte, welches eben ein Stadt- und Landrecht wurde, eingeschränkt und theilweise verdrängt. So wurde auch hier die Richtung zur Einheit des ganzen Staates immer mehr gefördert und der Kreis, in dem ein gemeinsames Recht galt, von neuem wieder grösser. Wir finden diese Tendenz in den Herrschaftsrechten zuweilen geradezu ausgesprochen[32]), wo das aber auch nicht geschieht, ergibt sie sich aus den Thatsachen von selbst. Manche Stellen sind auch offenbar von einem Rechtsbuche in das andere übergegangen. Je grösser in der Folge der Einfluss des Rathes auf neue Recensionen wurde, je mehr dieser nach und nach die Vorstellung von moderner Gesetzgebung kennen und dergleichen Rechte ausüben lernte, desto mehr

31) Vergl. die Einleitungen der Herrschaftsrechte, besonders die von Andelfingen, Knonau, Grüningen, Kyburg.

32) J. B. Herrschaftsrecht von Andelfingen vom Jahr 1534. Einl. (Pest. II. 52).

mussten auch die Verschiedenheiten sich mindern und desto einheitlicher das Ganze werden.

Die noch geltenden Herrschaftsrechte sind sehr genau, je nach Originalien oder den besten Abschriften abgedruckt in der Sammlung der Statuten des Eidsgenössischen Cantons Zürich von Dr. Jakob Pestalutz, Fürsprech. II Bde. Zürich 1834.

4. Ein reiches Material besonders von praktischen Fällen liegt noch in den Rathsprotokollen und Gerichtsprotokollen begraben. Die Benutzung der erstern wird vorzüglich erleichtert durch die Auszüge, welche in dem sogenannten Meyerischen Promptuar in 38 Foliobänden niedergelegt sind. Die Auszüge sowohl aus den sogenannten Stadtmanualen, als den Unterschreibermanualen, von denen die erstern sich auf die verwaltende und gesetzgebende Thätigkeit des Rathes, die letztern sich auf die richterliche Thätigkeit desselben beziehen, sind bis auf das Jahr 1796 fortgeführt. Einzelne allgemeine Verordnungen und Gesetze sind denn auch im Drucke erschienen, meist in Form von Mandaten. Eine ziemlich vollständige Sammlung solcher Mandate findet sich im Staatsarchiv. Die neuern seit 1715 sind in einer veröffentlichten Gesetzessammlung in sechs Bänden erschienen. Zürich 1757 — 1793.

5. Die Zeit, zu welcher das Stadtrecht zu einem gemeinen Rechte des Cantons wurde, lässt sich nicht genau bestimmen; eben so wenig kann man den Zeitpunkt bezeichnen, zu welchem die particulären Herrschaftsrechte ihre Bedeutung verloren. Beides geschah allmälig, nicht durch äusseres Gebot veranlasst, sondern durch innere Gründe bewirkt. Zu Ende des achtzehnten Jahrhunderts aber hatten, wie gegenwärtig, die Herrschaftsrechte fast nur noch in dem Güterrechte der Ehegatten, in der Erbtheilung besonders unter den Geschwistern und etwa noch in dem Concursrechte eine sehr verkürzte Geltung. Die innern Gründe, welche diese allmälige Veränderung zur Folge hatten, sind hauptsächlich folgende:

a) Die verschiedenen Herrschaften fanden in der gemeinsamen Beziehung zu der regierenden Stadt ihre Einheit. Interessen, Cultur, Geschichte, alles wies auf diesen Mittelpunkt hin. Daher musste auch die Autorität des Stadtrechtes mit der wachsenden Einheit des Gesammtstaates zunehmen.

b) Bei der Abfassung der Herrschaftsrechte übten die mitwirkenden Vögte oder Abgeordnete aus der Stadt auch auf den Inhalt einigen Einfluss aus, und manche Bestimmungen des jeweiligen Stadtrechtes, besonders des Erb- und Concursrechtes, gingen so in die Herrschaftsrechte über. Sie blieben dann freilich oft in dieser Form noch fortbestehen, nachdem sich das Stadtrecht selbst, aus dem sie gezogen waren, umgebildet hatte. Aber ein einheitliches und städtisches Element wurde doch auf diesem Wege verbreitet.

c) Vieles wirkte die Stellung des Rathes als Appellationsinstanz gegenüber der ganzen Landschaft. Denn war auch der Rath verpflichtet, dem Herrschaftsrechte gemäss zu richten und die Landesgewohnheiten zu beobachten, so war doch nichts natürlicher, als dass der Rath, welcher mit dem Stadtrechte genauer bekannt war, zumal in zweifelhaften Fällen, oder wo die Rathsredner die abweichenden Grundsätze eines Herrschaftsrechtes nicht gehörig hervor hoben, im Sinne des Stadtrechtes entschieden. Haben doch die hohen deutschen Reichs- und Landesgerichte eine viel schwerere Schuld durch Vernachlässigung des deutschen Rechtes und Hervorziehung des römischen Rechtes auf sich geladen, und so das einheimische Recht dem fremden geopfert. Denn am Ende ruhte doch das Stadtrecht von Zürich und das Recht der Landschaft auf der nämlichen historischen Basis, und waren sich die Rechte nicht feindlich entgegengesetzt, sondern nur durch mancherlei Modificationen im Einzelnen unterscheidbar.

d) Auf ähnliche Weise und aus gleichen Gründen wurde das Ansehen des Stadtrechtes auf der Landschaft selbst ausgedehnt durch die Land- und Obervögte, welche aus der

Stadt gebürtig und in der Stadt gebildet der Rechtspflege auf dem Lande vorstanden. Und wie sich die Gerichte mehr von der lebendigen Theilnahme aller Volksgenossen abschlossen, vermehrte sich zugleich auch die Autorität des Vogtes auf die grossen Theils zu Beamten gewordenen Richter.

e) Die Autonomie ferner auf dem Lande kam mit der steigenden Staatsgewalt, der man das Recht der Gesetzgebung vorzugsweise zuschrieb, allmälig ausser Uebung. Die geschriebenen Rechtsquellen, die mitten aus dem Volke entstanden waren, wurden nicht mehr in der alten Weise fortgeführt und so starben denn auch die vorhandenen ab, weil es keine Möglichkeit mehr zu geben schien, sie fortzubilden. Auf der andern Seite und recht im Gegensatze dazu wurde die Gesetzgebung thätiger und umfassender. Sie bildete das Stadtrecht weiter aus und was dort erstarb, wurde hier gewisser Massen durch gesteigertes Leben ersetzt. Es ist nicht zu zweifeln, jene alte Autonomie, an welcher alles Volk Theil nahm und je die weisesten Bürger das unter allen lebende Recht fanden und wiesen, ist die volksthümlichste Form der Rechtsbildung. Aber sie passt doch nur zu sehr einfachen, wenig ausgebildeten Culturverhältnissen. Sondern sich die Stände schärfer, treten die Unterschiede der Bildung stärker hervor, wird der Verkehr lebhafter, so ist es nicht gedenkbar, dass sich ein klares Bewusstsein des Rechts gleichmässig über alle Bürger verbreite; und selbst der ursprüngliche Sinn, das wirkliche Recht einfach zu finden, verliert sich. Privatinteressen und Privatwillkür machen sich häufiger geltend, besonders in kleinen Kreisen, und das Institut schlägt zum Verderben derer um, denen es helfen sollte. Zu welchen Verkehrtheiten die Autonomie für einen kleinen Ort unter veränderten modernen Verhältnissen führe, zeigt das Beispiel der Stadt Winterthur deutlich, welche bis ans Ende des achtzehnten Jahrhunderts ihre Autonomie behielt und öfter benutzte, ihr geltendes Recht aber auf abenteuerliche Weise verwirrte und verunstaltete.

f) Endlich darf nicht übersehen werden, dass zu Anfang des achtzehnten Jahrhunderts ein ziemlich ausführliches Stadtrecht und Erbrecht gedruckt und allgemein verbreitet wurde, während die Herrschaftsrechte sehr lückenhaft und kurzgefasst und bloss geschrieben waren. Wie oft mochte man daher auch auf der Landschaft seine Zuflucht zu jenem nehmen, und diese bei Seite lassen.

§. 7. Verhältniss des zürcherischen Rechtes zum gemeinen Rechte Deutschlands.

Das römische Recht erhielt während dieser Periode einen stärkern Einfluss auf die Rechtsbildung als je zuvor. Besonders im vorigen Jahrhunderte finden wir das Ansehen desselben im Steigen begriffen. Das sogenannte Stadt- und Landrecht, noch mehr aber das Erbrecht, in der Lehre von den Testamenten zeigen zahlreiche Spuren von Eindringen des römischen Rechts. Die wenigen Juristen, welche auf deutschen Universitäten studirt hatten, unter denen besonders der Bürgermeister Hans Jakob Leu Erwähnung verdient, der 1709 in Marburg promovirt hat, brachten auf der Schule gelernte römische Begriffe nach Hause zurück und trugen dieselben in die Gerichte und die Gesetzgebung über. Das einzige juristische Buch von einiger Bedeutung, das Eydgenössische Stadt- und Landrecht von Leu (IV Theile, Zürich 1727—1746) enthält ein wunderliches Gemische von römischen, kanonischen, deutschen und naturrechtlichen Sätzen ohne alle Kritik und wäre ganz unbrauchbar, wenn nicht zahlreiche echte Stellen aus schweizerischen Statuten darin abgedruckt wären. Der Pedantismus der Schule bedrohte auch die Existenz unsers nationalen Rechts. Aber glücklicher Weise fing diese Einwirkung sehr spät an, und war von Anfang an nicht ausgebreitet und mächtig genug, um tief einzugreifen.

Niemals gelang es, der Gesetzgebung Justinians die Autorität einer geltenden Gesetzgebung zu verschaffen, und

so darf auch gegenwärtig das römische Recht nicht in derselben Weise als gemeines Recht für die Schweiz betrachtet werden, wie für Deutschland.

Dessen ungeachtet hat die Kenntniss des römischen Rechts auch für den schweizerischen Juristen die grösste Bedeutung, und zwar in gedoppelter Beziehung. Einmal nämlich wird das römische Recht wegen der hohen praktisch-wissenschaftlichen Vollendung seiner Theorien über die verschiedenen Rechtsinstitute fortwährend das besste Bildungsmittel für die Juristen der neuen europäischen Völker verbleiben. Sie werden ihre eigenen Kräfte durch das Studium der vortrefflichen Manier oder vielmehr Kunst, mit der die römischen Juristen ihren Stoff zu behandeln und zu bemeistern wussten, anregen und gründlichere Einsicht in die eigentliche juristische Thätigkeit erlangen. Mit römischer Denk- und Behandlungsweise vertraut, werden sie nun aber, wenn sie sich an den einheimischen Rechtsstoff machen, diesen auf ähnliche Weise anzufassen, zu durchdringen und auszubilden haben. So wird, ohne dass sie materielles römisches Recht hinüber tragen, sich doch aus der Art, wie das einheimische Recht behandelt wird, zeigen, dass dieselben römisches Recht gelernt haben. Dieser rein formelle Einfluss der Rechtsbildung äusserte sich im Guten wie im Schlimmen im neunzehnten wie im achtzehnten Jahrhunderte, in diesem so, dass schlecht verstandenes römisches mit schlecht verstandenem deutschem Rechte wunderlich vermischt und durch einander gerüttelt wurde, in der neuern Zeit so, das eine wissenschaftliche Auffassung des nationalen Stoffes versucht wurde.

Die andere Weise, wie die Ausbildung des römischen Rechtes ebenfalls gewirkt hat und fortwährend wirkt, hat zunächst zwar auch eine formelle Bedeutung, steht aber in einer nähern Beziehung zu dem Rechtsstoff. Gewisse rechtliche Ansichten, namentlich des Obligationenrechtes, zum Theil auch des Sachenrechtes, ergeben sich schon aus den faktischen Verhältnissen der äussern Gegenstände, auf welche sich die Rechte des Menschen richten, aus den

Beziehungen und Bedürfnissen der Menschen in ihrem gegenseitigen Verkehre. Gerade hier zeigt sich daher weniger nationelle Verschiedenheit der rechtlichen Auffassung, als in andern Materien, die enger zusammenhangen mit der individuellen Entwicklung eines jeden einzelnen Volkes. In jenem Bereiche bildete sich auch vorzüglich das Jus Gentium der Römer aus, im Gegensatze zu dem nationalen Civilrecht. Weil nun aber eben diese Institute im römischen Rechte ebenfalls eine sehr ins Einzelne gehende ausgebildete, diesen allgemeinern Verhältnissen und Bedürfnissen angepasste Theorie erhielten, welche seither in dieser oder jener Form, und wäre es in der von sogenannten Natur- und Vernunftrechten, allenthalben in Europa Eingang zu finden wusste, so ist es begreiflich und der natürlichen Entwicklung vollkommen gemäss, wenn diese allgemeiner anwendbaren Begriffe, Grundsätze, Theorien, auch in dem zürcherischen Rechte Anerkennung fanden. Man wiederholt ja ohnehin die Arbeiten Anderer zu oft, statt die Resultate früherer tüchtiger Forschung zu benutzen und an Fortbildung und neue Arbeit seine Kräfte zu wenden.

Anders verhält es sich mit dem gemeinen deutschen Privatrechte. Dieses muss als gemeines Recht auch für die deutsche Schweiz anerkannt werden. Wie die Sprache und Abstammung deutsch ist, so ist auch der Charakter dieser schweizerischen Rechte deutsch; ja es hat sich das deutsche Recht hier nur reiner und unverfälschter erhalten als in Deutschland selbst, eben weil es weniger von einem fremden Rechte überzogen und unterdrückt wurde. So gross aber der materielle Zusammenhang unsers Privatrechtes mit dem deutschen ist, wo dieses nicht ganz romanisirt wurde, so gering war bis auf die neueste Zeit der Einfluss der Theorie des deutschen Rechtes. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechtes ist noch eine junge. Wenn man überdenkt, was jetzt noch erst zu thun ist, und wie Vieles erst in den letzten Decennien geleistet wurde, so wird es begreiflich, dass dieselbe keinen grossen Antheil

an der frühern Ausbildung unsers Rechtes gehabt hat, und dass sie erst in der Gegenwart anfängt zu Ehren zu kommen. Man darf aber nicht zweifeln. Geht nur die Entwicklungsgeschichte ihren naturgemässen Gang fort, so wird die Ausbildung des deutschen Privatrechtes auf die Ausbildung der deutsch-schweizerischen Rechte eine immer stärkere Wirkung äussern, so wie hinwieder die freie wissenschaftliche Bearbeitung der letztern nicht ohne Einfluss bleiben wird auf das nationale Wachsthum des erstern.

§. 8. Von Verbrechen und deren Bestrafung.

Der Gegensatz zwischen den alten Gewohnheiten und dem sehr milden Bussensystem auf der einen Seite, und den neuern criminalistischen Grundsätzen und härtern Freiheits- und Körperstrafen auf der andern zieht sich noch durch unsere ganze Periode hindurch. Die Herrschaftsrechte gehören ganz dem alten Systeme zu, wie aus einer Uebersicht ihrer strafrechtlichen Bestimmungen am besten hervorgehen wird. Das Regiment der Stadt dagegen und ihrer Vögte beförderte die letztere Gestaltung des Strafrechts.

Aus den Herrschaftsrechten ergibt sich folgendes:

a) Die oben (Buch III. §. 17. S. 410) mitgetheilte Bestimmung des Kyburgergrafschaftsrechtes über die Bestrafung des Todschlags ging auch in die neueste Recension dieses Rechtes von 1578, die wir hinfort benutzen werden, und in die Herrschaftsrechte von Andelfingen 18, Regensberg 1. 3 und Wülflingen 2. 3 über. Wahrscheinlich wurde nun aber die Stelle immer mehr von Todschlag überhaupt, nicht mehr bloss von unredlichem Todschlag verstanden. Der Blutrache gedenken noch die Rechte von Andelfingen von 1534. 19, Regensberg von 1538. 4, Kyburg von 1578. 6 und Wülflingen von 1585. 6.

b) Das Ausgraben oder Beseitigen eines Marksteins wird für ein Vergehen gehalten, welches dem Blutgerichte zur Bestrafung zugehöre. Nach den Rechten von Kyburg

21 und Wülflingen 22 ist Leib und Gut des Verbrechers der Obrigkeit verfallen. Das Recht von Knonau 10 überlässt dem Rathe die Strafe an Leib oder an Gut, je nach Gestalt der Sache und das Recht von Regensberg 26 erklärt die Sache einfach für „malefitzisch."

c) Wer statt Frieden zu gebieten, an einem Streite Partei nimmt, verfällt in eine Busse von 10 Pfund, es wäre denn, dass einer seiner nächsten Verwandten darin verwundet wäre, dem darf er wohl zu Hülfe kommen. (Andelfingen 27, Elgg 50, [31]. [32]. Knonau 5, Regensberg 10 und Weiningen 12). In gleiche Busse verfällt, wer den gebotenen Frieden versagt, gleich viel sei der Frieden mit der Hand oder bloss mit Worten gefordert. (Elgg 50, [33], Knonau 2. 3, Regensberg 9, Kyburg 11, Wülflingen 11, Weiningen 11.) Das Recht von Grüningen 38, [8] setzt sogar eine Busse von 50 Pfund darauf. Bricht einer den Frieden, so steigt die Strafe für das gegen den Frieden verübte Vergehen sofort. Todschlag wird dann für Mord geachtet (Kyburg 6, Wülflingen 6.); Verwundung für Todschlag (Andelfingen 22, Kyburg 7, Wülflingen 7.); Faustschlag „ohne Blutrunss" mit 18 Pfund Busse bedroht (Andelfingen 24, Kyburg 8, Wülflingen 8); nach dem Rechte von Regensberg 7 sogar mit 25 Pfund, und nach dem Rechte von Knonau 1 und Weiningen 10, ohne Strafangabe der hohen Gerichtsbarkeit überwiesen, während jene Rechte sonst sehr geringfügige Bussen auf den ausserhalb des Friedens geführten Faustschlag setzen. Den Friedbruch mit Worten bedrohen die Rechte von Andelfingen 23 und Regensberg 8 mit 10 Pfund; von Weiningen 9 mit 18 Pfund; von Knonau 1 mit 40 Pfund; und von Grüningen 38, [8] mit 50 Pfund Busse.

d) Ebenso wirkt die Verletzung des Hausfriedens durch „Heimsuche" und „Frevel unter dem russigen Rafen" auf Erhöhung der Strafe. Das blosse Anfallen oder Beschimpfen oder Herausfordern u. s. f., auch wenn der Heimsucher die Schwelle des Hauses noch nicht betreten hat, sondern vor demselben stehen geblieben ist,

wird nach den Rechten von Andelfingen 32, Elgg 50, [38], Kyburg 14 und Wülflingen 14 mit 18 Pfund, nach dem von Grüningen 38, [3] mit 25 Pfund, nach dem von Knonau 6 zur Tagzeit mit 40 Pfund, zur Nachtzeit mit 80 Pfund, und nach dem von Regensberg 32 mit so vielmal 10 Pfund bestraft als „manich schloss vff dem Tach" sind.

e) Einfacher Faustschlag wird sehr verschieden gebüsst, bald mit 5 ß, (Andelfingen 25, Regensberg 11, Wülflingen 18), bald mit 6 ß., (Weiningen 15), bald mit 1 Pfund 5 ß., (Kyburg 17, Grüningen 38, [7]), bald mit 3 Pfund, (Elgg 50, [27]). Stürzt der Geschlagene zu Boden, so steigt nach dem Regensbergerrechte 12 die Busse auf das Doppelte, und verliert er Blut, auf das Dreifache. Schlagen mit gewaffneter Hand, ohne Blutrunss, wird nach dem Rechte von Regensberg 13 mit 1 Pfund 5 ß., nach dem von Wülflingen 18 und Elgg 50, [28] mit 3 Pfund gebüsst. Folgt Blutrunss daraus, so ist die Busse gewöhnlich 5 Pfund, (Elgg 50, [29], Wülflingen 15, Kyburg 15), zuweilen 6 Pfund, (Regensberg 13) oder auch 9 Pfund, (Knonau 14). Wird der getroffene „herdfällig", so steigt die Busse zu Andelfingen 31 auf 10 Pfund, sonst allenthalben sogar auf 18 Pfund, (Elgg 50, [36], Regensberg 14, Kyburg 13, Wülflingen 13 und Weiningen 15). Nur zu Knonau werden Herdfall und Blutrunss gleichmässig bestraft. Auf Lähmung oder Verlurst eines Gliedes setzt das Herrschaftsrecht von Elgg 50, [30], 10 Pfund Busse. Eigenthümliche Bestimmungen über die Behandlung und das Recht eines Verwundeten sind in die Rechte von Knonau 52—57, und Regensberg 18—22 aufgenommen. Der Verwundete wendet sich an den Untervogt oder einen Fürsprechen (Richter) der in Gemeinschaft mit dem Amtmann die Wunde beschaue. Erkennen diese „Wirth und Schärer" für nöthig, so darf der Verwundete „nach Leistung Recht" auf Kosten des Verletzers so lange es nöthig bleibt, in einem Wirthshause wohnen. Dieser ist dann schuldig Wirth und Schärer und überdem für jeden Tag

Versäumniss und Lohn eines Taglöhners und ein angemessenes Schmerzengeld zu bezahlen.

f) Das blosse Zucken eines Steins, ohne zu werfen, wird mit 10 Pfund Busse bestraft, nach dem Andelfingerrechte 29, nach dem Elgger 50, [37], Kyburger 12, Wülflinger 12, Regensberger 15 sogar mit 18 Pfund; trifft er, so wird er bestraft „je nachdem der Wurf geräth."

g) Wer einen andern fälschlich eines Vergehens bezüchtigt, das dieser nicht begangen, erleidet dieselbe Strafe, die jenen betroffen hätte, wäre er schuldig gewesen. (Andelfingen 20, Kyburg 5, Wülflingen 5). Wer schwört oder Gott lästert, wird nach dem Elggerrechte 50, [35] um 3 Pfund gebüsst, wenn nicht das Vergehen so grob ist, dass die Oberhand einschreiten muss.

h) Personen, welche sich fälschlich um die Ehe ansprechen, werden nach dem Rechte von Wülflingen 24 um 5 Pfund, nach dem von Kyburg 23, Elgg 50, [46], Knonau 11 und Regensberg 30 um 10 Pfund gebüsst; ebenso wer Erb und Eigen anspricht und mit der Klage nicht durchdringt, um 10 Pfund. (Andelfingen 35, Elgg 50, [42], Knonau 1, Regensberg 31, Kyburg 22, Wülflingen 23 und Weiningen 16). Oder wer die Gränzen seines Gutes überschreitet und das Gut des Nachbarn beeinträchtigt, einen andern wie die Herrschaftsrechte sich ausdrücken, „übereeret, überschneidet, überhauset, übermähet, überzäunet, übergräbt" (Andelfingen 34, Knonau 9, Regensberg 26, Kyburg 20, Wülflingen 4). Nach dem Elggerrechte 50, [41] ist die Busse in diesem Falle 18 Pfund.

i) Die Person des Verletzers und des Verletzten kommt ebenfalls noch in mancher Hinsicht in Berücksichtigung. So werden Frauen, welche einen andern schelten oder schlagen, weit milder bestraft als Männer, und nur wenn sie die dem Manne gebührenden Waffen gebraucht, auch gleich Männern gebüsst. (Andelfingen 28, Knonau 19—22, Regensberg 42). Wer den Frohnboten verletzt erleidet dagegen zwiefache Busse, (Kyburg 18, Wülflingen 19), und ebenso der

Fremde, welcher mit den Waffen in einem fremden Gerichtssprengel frevelt, (Wülflingen 16).

k) Eigenthümlich ist die Bestrafung je nach dem „Anlass". Wer nämlich z. B. durch Schimpfreden Veranlassung zum Streite gegeben hat, hat dann nicht bloss seine Busse, sondern auch die Busse, die der Beleidigte im Streite verschuldete, zu tragen, und so den ganzen Erfolg des Streites auf sich zu übernehmen, insofern nicht ein Friedebruch in der Eröffnung des Streites lag, noch das Vergehen sich bis zum Todschlag steigerte. Noch im Jahr 1501 wurde diess Recht des Anlasses von dem Rathe den Bewohnern der Herrschaft Grüningen auf ihr Begehren von Neuem zugesichert. (Grüningen 39, Andelfingen 20, Wülflingen 20).

Das uralte Compositionensystem gibt sich in diesen Bestimmungen noch vielfältig kund. Im Gegensatze dazu nun befestigte sich das Criminalrecht der Stadt mit seinem Apparate schwerer oft grausamer Strafen immer mehr. Die wichtigern Vergehen gelangten vor den Rath der Stadt als Malefizgericht, und selbst die Obervögte erhielten die Befugniss, von sich aus strafbare Amtsangehörige körperlich züchtigen zu lassen, ohne dass es für nöthig erachtet wurde, die Sache dem Rathe zur Entscheidung vorzulegen [32]).

Ein besonderes Rechtsbuch, worin Verbrechen und Strafen verzeichnet waren, gab es nicht. Dessen ungeachtet hatte weder die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. noch andere gemeine Rechtsquellen gesetzliche Autorität. Die Art und Grösse der Strafe wurde je im einzelnen Falle von dem Rathe bestimmt, dabei aber allerdings mehr oder weniger Rücksicht genommen auf die in Deutschland ausgebildete Theorie über Verbrechen und Strafen, die bis auf die neueste Zeit massgebend war, und auch der neuern Strafgesetzgebung zum Grunde liegt. Mit äusserster Strenge wurden besonders alle politi-

32) Unt. Man. v. 31. Jan. 1694. und v. 27. Juli 1699.

schen Vergehen bestraft, und nur zu vielen Antheil hatten an der Behandlung solcher Processe gereizte Persönlichkeit und Rachegier.

§. 9. Die Gemeinden. A. Verfassung.

1. Die Gemeindeverfassung entwickelte sich seit der Reformation nun in mehr einheitlichem und mehr staatsrechtlichem Sinne. Zwar zeigen sich nicht überall die nämlichen Formen, und vielfach sehen wir das ältere Recht allerlei Modificationen erzeugen; aber im Wesentlichen herrscht doch dieselbe Richtung entschieden vor.

Die ursprünglichen Gemeinden waren durch eximirte Grundherrschaften mannigfaltig zertheilt worden. Die von den Grundherren gesetzen Meyer waren an vielen Orten selbst erbliche Grundherren geworden. Von den alten und von den neuen Grundherren machten sich nun die Gemeinden immer mehr los. Sehr viel trug dazu die Stellung der Stadt Zürich bei. Da sie nämlich eine sehr bedeutende Zahl von Grundherrschaften in dieser oder jener Form an sich gebracht hatte, und zugleich als Landesherr die nämlichen Gemeinden beherrschte, die letztere Stellung aber die bedeutendere und einflussreichere war, so lag es nahe genug, die erste Beziehung in der letztern untergehen zu lassen. Die Tendenz, welche die Stadt in den verschiedenen Herrschaften befolgte, und welche auch von unten her begünstigt wurde, jede in sich möglichst gleichartig zu behandeln, führte von selbst dazu, auch die Gemeinden einander gleich zu stellen, und indem man den allgemeinen Wünschen gemäss die Rechtspflege aus den einzelnen Gemeinden herauszog und mehr concentrirte, auf der andern Seite dagegen die Gemeindeverhältnisse wieder mehr den Gemeinden zu überlassen. Andere Grundherren aber lebten oft ferne von der Gemeinde, namentlich in der Stadt, und kümmerten sich wenig genug um die besondern Verhältnisse der Gemeindegenossen, so dass auch solche Gemeinden leicht zu erhöhter Selbstständigkeit wieder gelangen konnten.

Nicht viel anders war es mit den Herrschaften, die aus dem ursprünglichen Centgrafenthum hervorgegangen sein mochten, mit den Vogteien. Nach und nach waren fast alle diese Rechte an die Stadt gekommen, und in der Verfassung der Herrschaften aufgegangen. Ihnen gegenüber stellte sich die Gemeinde gerade als Einheit dar; und durchgängig finden wir an der Spitze der Gemeinden einen aus den Einwohnern selbst gewählten Untervogt.

Die Untervögte wurden bald von den Gemeindsgenossen frei gewählt, wie z. B. am Zürichsee, zu Urdorf und Birmenstorf, bald aus einem mehrfachen Vorschlage der Gemeinde von dem Landesherrn bezeichnet[33]), wie in der Grafschaft Kyburg und in der Herrschaft Grüningen. Immer aber standen sie in einem Beamtenverhältnisse zu der Stadt als Landesherren, welcher sie einen besondern Eid schwören mussten[34]), und zugleich in persönlich naher Beziehung zu dem Dorfe, zu welchem sie gehörten und für dessen Policei sie sorgten, und welche sie repräsentirten.

Ausser dem Untervogte finden wir nun häufig noch andere Gemeindsbeamtete, welche wieder von der Gemeinde gewählt werden, aber nun ausschliesslich für diese zu sorgen haben. Wie in dem frühern Mittelalter zuerst die Räthe in den Städten eine rein städtische Bedeutung hatten, und die öffentlichen städtischen Reichsbeamteten nach und nach an Einfluss auf die städtischen Angelegenheiten neben jenen verloren, so schien sich nun in den Dorfgemeinden eine analoge Erscheinung zu bilden. Unter verschiedenen Namen, als Dorfmeyer, Geschworene, Aelteste, Seckelmeister u. s. f., tauchen allenthalben rein dörfliche Beamtete auf, deren Aufgabe theils in einer ganz niedern Orts- und Wirthschaftspolicei, theils in der Besorgung, Verwaltung und Verwendung des Gemeindevermögens liegt. Es waren das Gemeinderäthe, ähnlich

33) Vergl. darüber oben Buch III. §. 9. S. 365.
34) M. S. 144. S. 88. b.

den Stadträthen, nur in beschränkteren Verhältnissen sich bewegend.

2. Die Sittenpolicei wurde in den Gemeinden von Seite der Kirche vornämlich besorgt. Um die Pfarrer sammelten sich die sogenannten Stillstände, wieder eine blosse Gemeindsbehörde, und bewachten mit jenen gemeinsam die Sitten. Unter ihnen war es dann hinwieder hauptsächlich das Geschäft der Kirchenpfleger, das Kirchengut zu verwalten, der sogenannten Ehegaumer, Verletzungen gegen die gute Sitte zu rügen und nöthigenfalls höhern Ortes anzuzeigen. Der Umfang und Geist dieser Aufsicht ergibt sich am besten aus dem Eide, welchen sie im XVI. Jahrhundert zu leisten hatten:

Zum Erstenn söllent Ir schweeren die Eer Gottes zuo schirmen vnnd wo eyner oder eyne were, der oder die fräfler wyss on vrsach sich üssserte der kilchen oder vnnder der predig, vff dem kilchhof, Im wirtshuss, vff dem platz oder sunst Inn heymlichen wingklen erfunden wurde dieselbigen ze warnnen nach lut vnnserer herren Mandaten vnnd wo das nit gebesssert wurde eynem Obervogt anzuzeygen.

Ir söllend ouch schweeren wo zwey Mennschen ergerlich by einander sessind, Als da were Inn hury ouch wo da möchte ergernüss geben werden Inn kleydung, Im Leben, Es were von Man oder von wyb, Knaben oder döchteren, dasselbig ze stràffen vnnd ze warnnen vnnd wo dann fräffler wyss darüber gehandlet wurde dem Obervogt anzuozöygen.

Ir söllend ouch schweeren, wo Ir horttend oder vernemmend eynen oder eyne schweeren, Gottlesteren, Jung oder alt dasselbig ze straaffen, wo das nit gebes sert eynem Obervogt anzuozeygen. Item wo man die Jugent nit zur kynnderpredig zuge dasselb ze leyden vnnd zu besseren.

Ir söllend ouch schweeren, wo man nach den Nünen Im wirtshuss sich fulte, vnnd wo der wirt Inen nach den Nünen wyn gebe oder wo söllichs Inn anndren wyngklen übersechen, Ouch scheebethen vnnd annder vnzymlich fräss vnnd fülleryen fürgenommen oder mit spilen, tanntzen

und andren dingen wider vnnserer herren Mandat gehandlet wurde, dasselbig zuo straaffen vnnd zuo warnnen, wo söllichs darüber fräflerwyss brucht wurde, eynem Obervogt anzuozeygen.

Ir söllend ouch schweeren, wo einer mit dem anderen zuotrungke, Ims brächte oder hielte, ald so eyner sunst trungke das er es muesste widergen, den oder dieselben nach Lut der Mandaten zuo leyden.

3. Alle wichtigeren Gemeindeangelegenheiten wurden vor die Gemeindsversammlung der stimmberechtigten Gemeindsgenossen gebracht, und was hier die Mehrheit der Anwesenden beschloss, dem hatte sich die Minderheit in der Regel zu fügen. Das uralte Princip[35]) wurde von dem Rathe fortwährend anerkannt, wie z. B. ein Specialfall des Jahres 1622 zeigt. Die Gemeinde Zollikon hatte nämlich mit Mehrheit den Beschluss gefasst, den Weidgang zur Nachtzeit zu gestatten. Die Minderheit wollte sich diesem Beschlusse nicht unterziehen, suchte das Schädliche desselben nachzuweisen und brachte die Sache an den Rath. Darauf erkannte der Rath:

Diewyl an allen orten vff der Landschafft bisher brüchig gewesen, wessen sy sich vnder ein anderen Irer gemeinen sachen halber durch das mehr verglychend, das dann der minder theil dem mehrern volgen sölle, das es derhalben by dem zuo zollicken gefallnen mehr belyben.

Wer gehörte nun aber in die Gemeindsversammlung? Wer war als stimmfähiger Bürger zu betrachten? Diese Fragen lassen sich nur beantworten, im Zusammenhange mit der freilich voraus schwierigen, aber eben so interessanten Untersuchung über die Gemeindegüter und die sogenannten Gerechtigkeits- oder Genossengüter.

---

35) Sachsensp. II. 55.: „Suat so die burmester schept des dorpes vromen mit wilkore der merren menie der bure, dat ne mach die mynre deil nicht wederreden."

§. 10. B. Gemeindegüter und die bürgerlichen Gemeinden.

In der ältesten Zeit schon unserer Geschichte haben wir den Boden, welcher den Bewohnern zugehörte, in zwei grosse Massen ausgeschieden gesehen, in Sondereigenthum, dem wir dann in der spätern Zeit ein Sondererbe an die Seite setzen mussten und in Gemeineigenthum (Almende). Beide standen wieder unter sich in einer engen Beziehung, so dass die Eigenthümer und Erbbesitzer der einzelnen Haushofstätten eines gewissen Bezirkes (Dorfes, Weilers, Hofes), als solche einen Anspruch auf einen Kreis des Gemeineigenthums hatten, und die Almenden wieder einzelnen Genossenschaften von Hausvätern zustanden.

Wir haben oben das juristische Verhältniss des Sondereigenthumes zum Gemeineigenthum, der Genossenschaften zu den Hausvätern ausführlich zu entwickeln gesucht, und müssen uns jetzt, wo wir diese ursprünglich einfachen Verhältnisse in verschiedenen Richtungen aus einander gehen sehn, wieder auf jene Erörterungen beziehen, indem sich die verschiedenen neuen Erzeugnisse nur dann gehörig erkennen lassen, wenn man das ursprüngliche Institut, in welchem alle diese neuen Formen dem Keime nach wenigstens eingeschlossen waren, recht verstanden hat.

Vielleicht hat es einzelne Leser geirrt und möchte auch in der Folge sie wieder irren, dass wir jene alten Verhältnisse in der Form strenger juristischer Theorien und scharfer Begriffe darzustellen gewagt haben, und auch den neuern Erscheinungen einen ähnlichen wissenschaftlichen Gehalt abzugewinnen versuchen werden. Wir sind weit entfernt von dem Glauben, dass den alten Alamannen, welche sich in die Gegend theilten, schon jene juristischen Gedanken klar gewesen seien, die wir in ihren Instituten ausgedrückt fanden, gerade wie davon, dass sich die neuere Zeit, welche das alte Institut in mehrere neue zertheilte,

sich bewusst gewesen sei, was der Stamm und was das juristische Wesen ihrer Erzeugnisse sei. Dessen ungeachtet ist es nicht Künstelei, nicht Träumerei, wenn wir dennoch auch für jene Zeiten die juristischen Theorien auszubilden versuchen, und ihnen Wirklichkeit zuschreiben. Ist es doch die Aufgabe aller Wissenschaft mit Bewusstsein zu durchdringen und geistig neu zu beleben, was zuvor mehr oder weniger bewusst da war. Es wurden längst in der Sprache die Gesetze der Sprache geübt und täglich beachtet, bevor die Theorie des Grammatikers diese Gesetze entdeckte und zum Bewusstsein erhob. Lange ehe eine Logik die Gesetze des Denkens begriff, wurden sie im Leben angewendet. Und so wurde auch das Recht bewahrt und geschirmt, bevor die Jurisprudenz die juristischen Gedanken, getrennt von uumittelbarer individueller Anwendung, darstellte. Darum haben aber der Grammatiker und der Logiker nicht Unrecht, wenn sie behaupten, dass die Sprechenden und Denkenden die Grammatik und Logik ohne sie zu kennen, befolgt haben; und ebenso darf auch der Jurist wohl sagen, dass das von ihm erkannte Recht gehandhabt worden sei, wenn schon die ausübenden Richter es nicht wissenschaftlich begriffen.

Wir haben es als eine wesentliche Eigenthümlichkeit der alten Gemeinde aufgefasst, wodurch sie sich von der römischen Universitas sowohl als von der römischen Societas unterscheide, dass in jener weder das Princip der Einheit (juristische Person), noch das der Vielheit (Aggregat mehrerer Einzelner) ausschliesslich hervortrete, sondern vielmehr in der Gemeinde als Rechtssubject beide Principe vereinigt seien, in der Weise, dass sich die Gemeinde bald als Einheit darstelle, welcher die Almende gehöre, bald als Vereinigung einzelner Hausväter, welche als Sondereigenthümer zugleich auch Antheilhaber an der Almende seien. Es wäre ganz unpassend, für diese Zeit von Nutzungsrechten zu reden, fasse man diese nun als Servituten oder afs Reallasten auf, die auf fremdem Boden haften, als aus dem Eigenthume an

der Almende ausgeschiedenen dritten Personen zugehörigen Rechten; um so unpassender, als einmal ein Dualismus zwischen der Gemeinde als solcher und den nutzenden Hausvätern als solchen noch gar nicht hervortrat, und ausserdem die ganze Bedeutung der Almende also auch des Eigenthums daran in der fortdauernden Nutzung lag. Der scheinbare Widerspruch, welchen man darin finden möchte, wenn wir sowohl die Gemeinde in ihrer Gesammtheit als die einzelnen Hausväter für Eigenthümer erklärten, wurde durch den Begriff der deutschen Genossenschaft in Verbindung mit dem Begriffe des Gesammteigenthums wie ich glaube befriedigend gelöst.

Von diesem Gesichtspunkte aus wird dann auch die ganze spätere Trennung der Gemeindegüter und Gerechtigkeitsgüter klar. So lange alle Hausväter und nur sie stimmberechtigte Gemeindsbürger waren, und so lange die Almende fast nur dem Genusse der Einzelnen und nebenher bloss öffentlichen Interessen diente, so lange war auch keine Veranlassung vorhanden zu weiterer Spaltung innerhalb des Subjectes. Aber die Möglichkeit, dass sich die Gemeinde erweiterte, die Genossen sich abschlossen, das öffentliche Bedürfniss und die Privatinteressen in Collision traten, konnte auch eine Trennung der Einen genossenschaftlichen Gemeinde in zwei neue Subjecte, eine mehr einheitliche bürgerliche Gemeinde, und eine mehr vielheitliche Genossenverbindung herbei führen.

Diese beiden aus einander gehenden Richtungen traten besonders seit dem siebenzehnten Jahrhunderte immer deutlicher heraus. Zum völligen Durchbruch aber kam das neue Princip erst durch die schweizerische Revolution, und gegenwärtig noch ist dasselbe weder ganz ins Klare gesetzt noch im Leben gehörig anerkannt.

Betrachten wir jede der beiden möglichen Richtungen einzeln. Erstens die Richtung nach einer mehr einheitlichen bürgerlichen Gemeinde. In der alten genossenschaftlichen Gemeinde war der Dualismus, welcher erst

viel später in seiner Entzweiung heraustrat, dem Keime nach schon enthalten.

Die alte Gemeinde hatte zugleich eine politische und eine privatrechtliche Bedeutung. Hob sich die erstere wieder, wie wir das von der neuern Entwicklung der Gemeinden seit der Reformation bereits wahrgenommen haben, so musste auch in vermögensrechtlicher Beziehung das Gemeindeelement wieder stärker hervortreten. Die Almende war zunächst allerdings dem Privatgenusse der einzelnen Sondereigenthümer hingegeben, aber daneben waren doch auch von jeher die freilich geringen öffentlichen Bedürfnisse vorzugsweise aus dem Ertrage dieser gemeinen Güter bestritten worden. Zunehmende Cultur seit der Reformation erzeugte auch steigende Bedürfnisse. Mit diesen mussten die Ansprüche der Gemeinde in ihrer Einheit als eines öffentlichen Institutes auf die Benutzung der Almende steigen und mit den Ansprüchen der Einzelnen auf Privatgenuss in stärkern Conflict gerathen. Die Einheit der Gemeinde wurde sich mehr bewusst in ihrem Gegensatze gegen die Vielheit der einzelnen Hausväter. Dieses Gefühl, dass die Gemeinde und die Hausväter nicht mehr so ganz und gar Eins und einig seien, wurde auch dadurch verstärkt, dass in Folge der Einzugsbriefe die Gemeinde neue Einkünfte erhielt, welche, wenn sie schon nicht ohne Rücksicht auf die Nutzungen der neuen Bürger an der Almende verstattet worden waren, doch ihr vorzugsweise in ihrer bürgerlichen und staatlichen Stellung zukamen, dass sich demnach ausser der gemeinen Waldung und Weide noch ein anderes bewegliches Vermögen zu bilden anfing, welches nicht wie jene von den einzelnen Hausvätern, sondern nur von der Gemeinde als solcher angesprochen werden konnte. Auch dieser Gegensatz wurde dadurch deutlicher, dass die Regierung anfing, Rechenschaft über die Verwaltung dieses Gemeindevermögens zu fordern, was sie wieder nur konnte von dem Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Bedeutung der Gemeinden ausgehend; denn was die einzelnen Hausväter als solche

mit ihrem Privatvermögen vornahmen, darüber stand dem Staate kein Aufsichtsrecht zu.

Ganz entscheidend aber im Sinne der Trennung des bisher verbundenen musste die Erweiterung der Bürgergemeinde im Gegensatze zur Abschliessung der Genossen wirken. In den Städten Zürich und Winterthur, welche beide sehr grosse Gemeindegüter besassen, war auf Seite der Verwendung das öffentliche Interesse vorherrschend, auf Seite des Rechtssubjects die Eine Bürgerschaft, nicht als Complex von Hausvätern, sondern als Gesammtheit überwiegend, und zwar diess schon seit Jahrhunderten. Woher kam das? Denn in den ursprünglichen Verhältnissen standen auch diese Gemeinden den andern gleich. Es erklärt sich diess wesentlich aus zwei Erscheinungen: zunächst, weil in den Städten die öffentlichen Bedürfnisse schon in ihrer ersten Zeit (man denke nur an die Kosten der Befestigung) sehr gross waren, und sich fortwährend so erweiterten, dass nach Befriedigung derselben den Einzelnen wenig Privatgenuss übrig bleiben konnte und dann daraus, das sich in den Städten schon frühe das Princip einer persönlich verbundenen Bürgerschaft im Gegensatze zu einer Versammlung der Grundeigenthum besitzenden Hausväter ausbildete, mithin jene und diese weder der Zahl noch dem Rechte nach die gleichen waren.

Was sich in den Städten so gezeigt hatte, äusserte sich nun auch, wenn gleich mehrere Jahrhunderte später, in den Landgemeinden. Nur wäre es auch hier wieder verkehrt, den Masstab der Städte ohne weiters auch an diese zu halten, und hier eine gleiche Entwicklung im Sinne der öffentlichen Bedeutung der Gemeinden zu verlangen. Denn der grosse Unterschied bleibt immerhin zurück, dass die Bevölkerung der Städte der Masse nach ihre ökonomische Existenz nicht ihrem Grundbesitze und der Landwirthschaft zu verdanken hat, während in den Landgemeinden beides von grösserer Bedeutung ist, mithin der Zusammenhang mit der Benutzung der Almende durch die einzelnen Hausväter hier auch weniger leicht zu lösen sein wird als dort.

Immerhin aber ist doch so viel wahr, dass einerseits die wachsenden öffentlichen Bedürfnisse der Gemeinden, anderseits die Erweiterung des Gemeindebürgerrechts, und zuletzt seine Ablösung vom Grundbesitze auch in den Landgemeinden eine Veränderung des frühern Zustandes, und sowohl eine von den Genossen unterschiedene Gemeinde und als ein von den Gerechtigkeiten verschiedenes Gemeindegut bewirkten.

Von der Veränderung des Gemeindebürgerrechtes haben wir hier noch zu reden. Einen ersten Anhaltspunkt gab die Einführung der Einzugsgebühren, indem dieselbe wenigstens zu dem Erfordernisse der Hausbäblichkeit und des Grundbesitzes noch als ferneres Erforderniss für die neue Erwerbung des Bürgerrechtes die Bezahlung eines Beitrages in das Gemeindegut hinzu that, und die Bürgeraufnahme zum Gegenstand einer Verhandlung der Gemeinde machte. Einheimische Unterthanen der Stadt konnten freilich nicht abgewiesen werden, wohl aber alle Fremden, wohin denn die Angehörigen der übrigen schweizerischen Stände ebenfalls gerechnet wurden.

Die ältesten Spuren der Einzugsgebühren auf der Landschaft reichen in die zweite Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts hinauf; aber erst im sechszehnten Jahrhundert, in Folge der grossen Erschütterung der Reformation, wurden die Begehren um Einzugsbriefe häufiger und die Ertheilung derselben regelmässig auf die Gemeinden ausgedehnt[36]). Gerade sie zeigen am bessten, in welch enger Verbindung damals und bis ins achtzehnte Jahrhundert hinein noch das Recht auf die Almende und das Bürgerrecht stand. Ich will einige Beispiele anführen.

> Einzugsbrief von Mänidorf von 1517.: Wir der Burgermeister vnd Rat der Stat Zürich — thund kunt —, das für unns komen sind vnnsrer lieben vnd getrüwen de r

36) Ein Einzug wird schon erwähnt in der Offnung von Wettschwil von 1468. In dem Staatsarchiv fängt die Reihe der Einzugsbriefe erst mit dem Jahr 1526 an; es gibt aber eine Menge älterer.

Gemeind von Mennendorf anweldt vnnd habent vns — gepetten, der Bestimpten Gemeind zu Mennendorff ze verwilligen — wer daselbshin zühen vnd by Inen zu Mennendorff Sinen sitz haben welte, das derselbig Inen für den Innzug ein Namliche Somm gelts Solte geben, dem weldtind Sy alle gerechtigkeit Inn holtz vnd veld, wie Iro Einem lassen vervolgen, So nun — habennt wir Inen vff das zugelassen, also wer Nun hinfür zu den vnnsern gen Mennendorf zühen vnd daselbs Sinen Sitz vnd wonung haben wil, das derselbig Inen vmb den Innzug Namlichen funff Pfund vnser werschaft geben vnd bezalen, vnd darmit demnach aller gerechtigkeit Inn holtz vnd weld wie Iro einer geniessen.

Wer den Einzug bezahlt wird Bürger der Gemeinde, und erhält als solcher die „Gerechtigkeit in Holz und Feld." Dabei wird aber als bekannt vorausgesetzt, dass er einen Wohnsitz in der Gemeinde zu Eigen oder Erb erworben haben müsse, indem weder das active Bürgerrecht noch die Nutzung der Gemeinde von jenem getrennt gedacht wurden. Es ist diess freilich in der Urkunde nur angedeutet, nicht ausgeführt, eben weil damals noch niemand daran zweifelte. In den spätern Einzugsbriefen tritt diese Rücksicht desto deutlicher hervor, je mehr sie schon hier und da Zweifeln ausgesetzt werden konnte.

Einzugsbrief von Glattfelden v. J. 1526.: „Das ein yeder, der zu Inen ziechenn vnd by Inen husshablich sin will, ouch trib trat wunn vnd weid nutzen vnd bruchenn, zuovor soll gebenn vnnd vssrichtenn dryg Guldin — da der ein Guldinn vnserem vogt zu Eglisow — zuo gmeyner vnser statt handen verlangen vnnd die übrigenn zwen guldin zuo Irer gmeind nütz behalten vnd angelegt vnd sunst vnd anderer gestalt nit vertan werden.

U. Man. v. 5. März 1600.: Der Gmeynd zu Höngg Ist der Articel: Wen einer by Inen syn hus und heym verkouffe, das er damit syn dorfrecht verwürkt haben, ebenmessig wie gegen andern Gmeinden ouch beschechen — zugeben worden.

Zu Mänidorf wurde im Jahr 1601 mit Rücksicht auf das „zimblich gmeinwerch" das Einzugsgeld erhöht für Angehörige der Stadt auf 40 Pfund für Eidgenossen auf 80 Pfund für Landesfremde unbestimmt: und die Aufnahme in das Dorfrecht in dem Einzugsbriefe als Kaufen von „Huss vnd heim" dargestellt. Darin heisst es weiter: „Es sollen fürohin die Ehrbaren vnnd Eltisten Inn der Gmeind Menedorff zu den nüwen vnnd ouch den übrigen Insessen ein flyssigs vfsechen haben vnnd mit allem ernst darobsyn, Das sy Inn Irem thuon vorbetrachtlich vnnd husslich farind. Dann ob glych einer ald mehr syn huss vnnd heim eintweders durch yngerissne vnfäl — oder sonst von wegen liederlichen husshaltens allerdings verkouffen müssten, sölle doch ein Gmeind sich mit denselbigen (woueer sy Inn der Gmeind blatz vnnd herberig finden) billich lyden, vnnd sy vss der Gmeind nit wysen. Sölliche Persohnen aber söllent hiemit Ir gerechtigkeit Inn holtz vnnd veld wunn vnnd weid verwürkt vnnd an der Gmeind weder zuo meeren noch zuo mindren haben, so lang bis sy widerumb Inn der Gmeind eigen vnnd eerb erkouffend ald vberkhommend vnnd das Inzuggelt vff ein nüwes bezalend." — Woueer aber einer an ein annder Ort züchenn vnnd daselbs ein schirm ald dorffrecht annemmen vnd demnach wider by Innen ze sitzen begeren wurde, Soll derselbig den Intzug vff ein nüws widerumb erleggen, ober sy Inne anzenemmen ald by Innen wonen ze lassen nit schuldig syn." Bringt einer verheirathete Söhne mit, werden selbige nicht „gmeindtsgnössig", sondern sie müssen, wie sie nachher Eigen und Erb erkaufen, den Einzug bezahlen. Für die unverheiratheten Kinder aber soll der Vater Ir dorffrecht mit synem Intzug betzalt haben."

Einzugsbrief von Regensberg von 1634: Dass sy hinfüro keinem Hauss und Heimb by Ihnen erkhauffen lassind, der ald dieselbigen könnind dan — genugsamblich anzeigen vnd bewysen, dass er den Kaufschilling zu bezahlen habe. Welicher dan solichem Statt gethan, zu Ihnen ziehen, seinen Hausshablichen Sitz bey Ihnen haben

und Ihre Gerechtigkeiten nutzen vnd bruchen will, derselbig solle Ihnen zuvor Inzuggelt vssrichten. —

Ordnung zu Regensberg von 1681: Es solle auch In den Husshaltungen, wo 2 ald 3 führer obhanden, **nur Einer In die Gmeind gehen**, vnd alwegen vff dem Eltesten oder demme der **am meisten am Huss hat**, bestehen, die andern aber by Huss verblyben.

Rathserk. v. 16. Juli 1670. (St. M.) Wegen der Gmeind Hottingen ynzuggelts ward — erkhenndt: Wann ein vatter wohar der were, zu Ihnen zücht, vnd Söhne die bereits in der Ehe vnd verhyratet sind, mit sich brechte, soll Er zwahren für dieselben, so lang Sy by Ihme blybend **und keinen eignen rauch füehrend, den ynzug zuo bezahlen nit schuldig**: dieselben aber auch so lang **keine rechte Gemeindtsgnossen** sonder nur als **Knecht geachtet syn**, vnd so einen sollichen hernach **Eerb vnd Eigen Eerbs - kouffs** oder vff andere wyss **ankeme**, derselbe dann den ynzug glych wie syn vatter gethan zuo bezahlen haben. Für die **ledigen Söhne** aber die ein vatter mit sich in die Gmeind zuge, soll für einen Jeden fünff Guldin bezalt werden, vnd dieselben darmit yngekaufft syn. — Im fahl aber ein sollicher das was er erkoufft — wider hinweg geben thete, Er zwahren in der Gmeind, wann Er vnderschlauff findt, wyters geduldet werde, aber **nützit ze mehren noch zeminderen auch einiche nutzbarkeit nit zu geniessen habe**, biss Er widerumb Eerb vnd Eigen überkommen, vnd den ynzug von nöuwem, so Er gegen einem frömbden verkoufft volkommen, da Er aber einem Gmeindtsgnossen ze kouffen gegeben um halb, bezalt haben wirt.

Einzugsbrief für Richterschwyl von 1752. Obgleich einer sein Hauss und Heimath von Unfall oder liederlichen Haushaltens wegen verkauffen müsste, sölle doch eine Gemeind sich mit demselben — leiden und ihn nicht wegweisen, ein sollicher aber seine Gerechtigkeit in Holz und Feld Wunn und Weid verwürket und in der Gemeind weder zu mindern noch zu mehren haben, bis er wiederum daselbst Erb und Eigen erkaufft und das Einzug-Geld auf ein neues wie hievor bezahlt haben wird.

Auch die Verhältnisse der Stadt Elgg, welche in dieser

Hinsicht den Dörfern näher stand, als den Städten Zürich und Winterthur, können zur Beleuchtung dieser Verhältnisse dienen. Zu Elgg besteht nach dem Herrschaftsrechte von 1535 die Gemeinde aus den sämmtlichen Hausvätern. Zwar kommt alljährlich die ganze Einwohnerschaft zum Eidschwur zusammen, aber nachdem

> der eyd vom herren, dem vogt, Räthen, vnd der gantzen gmeind gebenn vnd geschworen ist, So gat der her sampt allen husslütenn, dienstknechten, sünen vss der kilchen, vnnd blibend dess herren vogt vnnd Ratsman, vnnd der von Elgöw dry Rät sampt den eltisten husvättern in der kilchen[37]).

Die Hausväter sind die wahren Activbürger, für jedes Haus einer. Jede Haushofstätte hat hinwieder ein Recht auf ähnliche Zutheilung von Brennholz und ausserdem auch Bauholz für Reparaturen; wie es aber scheint schon 1532 nicht bloss die Haushofstätten, sondern auch noch gewisse Personen aus andern Gründen[38]). Niemand aber als ein Burger darf eine Hofstätte kaufen[39]). Die Aufnahme neuer Bürger geschieht gemeinschaftlich durch den Rath der Stadt und den Stadtherrn und gegen ein Bürgerrechtsgeld. Es wird aber nicht gefordert, dass der Burger auch nothwendig eine eigene Hofstätte besitze: dann fehlt es ihm aber an dem Stimmrechte und sein Bürgerrecht ist kein Activbürgerrecht.

---

37) Art. 4. §. 11. Art. 1. §. 3. Art. 2. §. 1. (Pest. 1. S. 263. 260 und 261.)

38) Zinsrodel v. 1549: „Alle Hofstatten in des Fleckens Graben und Friedkreis gelegen und einem Herrn Hofstattgeld zinsen, denen sind die von Elggäu ziemliche Zimmersteuer zu ihren nothwendigen Bauten, auch wenn man Brennholz ausgibt aus des Fleckens Hölzern zu geben schuldig."

Oeffnung des Fleckens Elgg von 1532: „Item dass der Vogt und die 4 Räte im Jar einmal, wie der Altvordern Brauch war, allen Hofstatten und dem man schuldig ist zu geben, auf einen tag das brennholz geben sollen. Item so ieglichem, dem man von Burgerrecht von der Hofstatt oder sonst Brennholz zu geben schuldig ist von vogt und Räthen ausgetheilt gezeichnet und gegeben ist. — Item ob ein Burger oder dem man zum bauen zimmerholz zu geben schuldig ist u. s. f."

39) Herrschaftsrecht Art. 53. §. 2. Spruchbriefe von 1596 u. 1641.

Uebersehen wir nochmals dieses ganze Material, welches sich sehr leicht noch vermehren liesse, so werden wir folgende Resultate gewinnen:

1) Das Bürgerrecht in der Gemeinde und das Recht auf die Almende waren beide von Anfang an nothwendig verbunden mit dem Besitze eines Hauses zu Eigen oder Erb. Jene politischen und privatrechtlichen Befugnisse waren damals grossentheils ungetrennt beisammen, und beide erschienen noch als Folge des Besitzes am Sondergut. Wurde dieses aufgegeben, so fielen auch jene von selbst weg[40]).

2) Die Kinder der Bürger, welche kein eigenes Haus besassen, wurden von dem Hausvater, die sämmtlichen Hausbewohner von dem Hausherrn vertreten. In einem weitern Sinne waren auch sie Bürger, aber ihr Bürgerrecht war ähnlich wie noch jetzt das Bürgerrecht der Frauen und Kinder ohne Stimmrecht in der Gemeinde und ohne Genuss der Almende. Es war mehr ein ruhendes als ein thätiges.

3) Durch die Einzugsbriefe wurde diese Verbindung noch ausdrücklich anerkannt, aber zugleich die Möglichkeit gegeben, in dieser neuen Bürgeraufnahme eine Form zu finden, welche sich ausdehnen liess auf neue Ankömmlinge, die nicht sofort Hofstätten und somit auch zunächst kein Recht auf die Almende erwarben, wie diess z. B. in Elgg geschah.

Seit es nun an manchen Orten aufkam, die Hofstätten der Zahl nach zu beschränken und mit ihnen die Gerechtigkeiten in Holz und Feld, wovon wir später noch Beispiele finden werden, war es nun schon möglich, das politische Bürgerrecht, das Stimmrecht in der Gemeinde auch solchen Bürgern zu gewähren, welche neue Häuser bauten, und Ankömmlingen, welche neue Häuser kauften und den Einzug bezahlten, ohne ihnen desshalb die Dorf-

40) Vergl. auch Rüttimann ein Beitrag zu der Lehre von den sogen. Dorfgerechtigkeiten in der Mon. Chr. V. S. 213 ff.

gerechtigkeit in Feld und Wald zu gestatten. Man konnte dannzumal unterscheiden zwischen Sachen, welche bloss die Almende betrafen, und Sachen, welche das ganze Dorf und dessen öffentliche Bedürfnisse angingen. Jene kamen nur vor die Gemeinden der *echten Genossen*, die alte vollberechtigte Hofstätten besassen. Zu diesen konnten nun auch die übrigen Häuserbesitzer zugezogen und auch ihnen Stimmrecht eingeräumt werden. So haben wir nun bereits zwei Gemeinden neben einander, die eine auf die *Gerechtigkeitsinhaber* beschränkt, die andere auf *alle Hausväter* ausgedehnt. In diesem Gegensatze hatte jene wieder einen mehr *privatrechtlichen*, diese mehr einen *öffentlichen* Charakter.

Ein weiterer Schritt führte dann dahin, dass man in die *Versammlung der Gemeinde* auch den übrigen Vorstehern einer Familie, wenn sie auch nicht ein ganzes Haus besassen, sondern nur einen *eigenen Rauch* führten[41]), den Zutritt verstattete, ja selbst jüngere Bürger zuliess, die überall kein Besitzthum hatten, diess letztere freilich selbst im achtzehnten Jahrhunderte nur selten. Die Nothwendigkeit, Steuern auf alle Familien zu verlegen, musste mancherlei Modificationen des alten Rechtes nach sich ziehen; denn wer beitragen musste, machte auch Anspruch darauf, zu der Verwendung mit zu reden. So war die Möglichkeit einer Bürgergemeinde anschaulich geworden, deren Glieder nicht alle oder doch nicht in gleicher Weise mehr Rechte auf die Almende besassen. Das *Bürgerrecht* erschien nun schon als ein rein *politisches Recht* losgebunden von dem Besitze gewisser vollberechtigter Hofstätten.

Die Revolution löste das Bürgerrecht nun auch noch ab von jeder Verbindung mit Grundbesitz, und fasste das-

---

41) In der ältern Zeit war der Ausdruck: einen eigenen Rauch führen ganz gleichbedeutend mit dem Ausdruck, eine Hofstätte besitzen; denn in jeder Hütte gab es nur Einen Heerd. In d r Folge aber kommen häufig mehrere Heerde und mehrere Wohnungen in Einem Hause vor.

selbe der modernen Entwicklung huldigend als ein der **Person** als solcher zugehöriges **politisches Recht** auf. Die einzelnen Personen hatten durch die grosse Umwälzung der öffentlichen Zustände für alle Staatseinrichtungen eine ganz andere Bedeutung erlangt, als zuvor. Persönliche Freiheit und persönliche Gleichheit waren die Losungsworte, welche die europäischen Völker aufregten; der Unterschied der Stände schien sich nicht mehr zu vereinigen mit der persönlichen Würde des Menschen; der Besitz an Boden galt für gleichgültig in den Verhältnissen zum Staate; der Einfluss dieses Besitzes auf politische Befugnisse war als Rest aus der Feudalzeit verhasst: die Theorien basirten den Staat auf den freien Willen zusammen tretender Individuen, und dieser Wille ging immer nur von der Person nicht von dem Grundstücke aus; die Entwicklung aller individuellen Kräfte der Einzelnen wurde als das höchte Ziel der menschlichen Bestrebungen aufgefasst; was sie hemmte oder zu hemmen schien, sollte weggeräumt werden. Was war bei dieser allgemeinen Tendenz der Zeit natürlicher, als dass überall, zumal in allen staatlichen Verbindungen und Instituten, das **persönliche Element** siegreich hervor trat? Wer wird sich darüber wundern, wenn auch die **Bürgerschaften** einen rein **persönlichen** Charakter annahmen? Waren sie es doch in den Städten lange schon vor der Revolution geworden.

Wie aber das wirkliche Leben von einseitigen Theorien sich freier zu erhalten weiss, als man gewöhnlich meint, so auch hier. Wenn gleich die herrschende Theorie über die Persönlichkeit der einzelnen Menschen die Persönlichkeit des ganzen Staates als eines Ganzen übersah und verkannte, so behielt doch auch der Staat ein eigenthümliches Wesen und Leben, eine Persönlichkeit bei. Und während die Theorie auch bei uns sogar in die Gesetzgebung[42]) sich einzuschleichen wusste und vorgab, nur

42) Man vergl. das Gesetz der helvet. Republik v. 13. Hornung 1799. über die Bürgerrechte, im Tagblatt II. S. 318.

Bürger aber keine Bürgerschaften, nur Einzelne aber keine Gemeinden mehr zu dulden, so erhielten sich doch auch diese Gesammtheiten in ihrer Persönlichkeit. Wie konnte es anders sein, da gerade die Entwicklung der Gemeinden als einheitlicher Wesen seit Jahrhunderten vorbereitet und im Wachsthum begriffen war, als die Revolution einbrach?

Wir finden nun in der Schlussperiode überall bürgerliche Gemeinden anerkannt, in welchen nicht mehr bloss die Besitzer von Häusern, sondern alle männlichen und entweder durch ihre Abstammung oder durch neue Aufnahme in das Bürgerrecht in den Bürgerverband eingeschlossenen Personen als gleichberechtigte Glieder erscheinen. In der Regel besitzen diese Gemeinden Vermögen, häufig haben sie sogar die Almende oder doch einen Theil derselben gerettet. Auf diese nun dürfen wir jenen alten Begriff der Genossenschaften nicht mehr anwenden. Da sich die Gemeinden im Sinne der Einheit ausgebildet haben, so kömmt ihnen nunmehr allerdings der Charakter der römischen Universitas wenigstens sehr viel mehr zu als früher. Das Vermögen gehört der Gemeinde als einem einzigen Rechtssubjecte, es gehört nicht den einzelnen Bürgern als vielen Subjecten. Indem das Bürgerrecht abgelöst ist von dem Besitze an Grundeigenthum, so haben die privatrechtlichen Schicksale dieses letztern, die Veräusserungen und Vererbungen desselben auch auf den Bestand der Bürgerschaft selbst keinen Einfluss mehr, und was immer für Veränderungen vor sich gehen mit den einzelnen Bürgern, ob sie sich der Zahl nach vermehren oder vermindern, ist für die immer gleiche Bürgerschaft als Rechtssubject gleichgültig.

Nur insofern wirken die frühern Verhältnisse noch fort und kommt es auch noch auf die Persönlichkeit der Glieder an; als der Staat die Bürgerschaften in ihrem wesentlichen Bestande anzuerkennen hat und es eine Verletzung des Rechtes wäre, wenn er willkührlich und gegen ihren Willen mit den bestehenden Bürgerschaften andere Com-

plexe von Personen, z. B. andere Bürgerschaften oder die Masse der Ansässen vereinigte. Denn so wenig diese Gemeinden ein blosses Erzeugniss des Staates sind, so wenig kann dieser sie beliebig umwandeln oder beseitigen. Und wenn schon zugegeben werden muss, dass diese Corporationen, welche eine öffentliche Bestimmung haben und mit eingreifen in den Staatsorganismus einer besondern Aufsicht des Staates bedürfen, so haben sie doch hinwieder ihre eigene Persönlichkeit, welche von dem Staate zu achten ist, wie die Persönlichkeit der einzelnen Bürger.

Wurde nun die Gemeinde als eine öffentliche Person Eigenthümer des Gemeindegutes, so machte sich nun immer mehr auch die Bestimmung des Gemeindegutes zu öffentlichen Zwecken geltend: und insofern kann man sagen, dass das Gemeindegut immer mehr den Charakter eines öffentlichen Gutes annehme und anzunehmen habe: eines öffentlichen Gutes, darum aber durchaus nicht eines Staatsgutes, auch nicht eines mittelbaren Staatsgutes: eines öffentlichen Gutes im Sinne der Gemeinde und ihrer Bedürfnisse, für Policei, Schulen, Armenunterstützung u. s. f., und im Gegensatze zur Privatbenutzung durch die einzelnen Bürger[43]). Freilich konnten und können die Privatnutzungen besonders der Almende durch Einzelne nicht so leicht beseitigt werden. Wo sie aber gegenüber der Gemeinde als Eigenthümer, sei es den sämmtlichen Bürgern oder den Hausvätern oder eigenthümlichen Genossenschaften noch zustehen, da sind nunmehr diese Berechtigten als Dritte von der Gemeinde zu unterscheidende Personen, als verschiedene Rechtssubjecte zu betrachten; und nicht mehr wie in den ursprünglichen Verhältnissen als mit der Gemeinde zusammen fallend, und nur ein anderes in dieser liegendes Element mehr hervorkehrend. Diese Dritten können nun entweder ein rein persönliches Recht

---

43) Das Gesetz über die Gemeindenutzungen v. 5. Juli 1838. §. 1 spricht sich darüber so aus: „Die Gemeindegüter sind ausschliessliches Eigenthum der Bürgergemeinde. Sie sind zunächst bestimmt, die öffentlichen Bedürfnisse des Ortes und der Gemeinde zu befriedigen.

haben auf gewisse Nutzungen, so dass sie wie Gläubiger, die Gemeinde wie ihr Schuldner erscheint, oder ein rein dingliches (servitutenartiges), durch welches das Eigenthum der Gemeinde beschränkt wird, indem ihr gewisse Nutzungen entzogen und als besondere Rechte auf Dritte übertragen sind, wobei man sich nur nicht durch die römische Lehre von Personal- und Realservituten verwirren lassen darf, oder endlich mehr in Form und nach Analogie der Reallasten, insofern der Eigenthümer der Almende zu gewissen Abgaben des Ertrages an Dritte verpflichtet ist, und diese Verpflichtung auf dem Boden haftet. Alle diese verschiedenen Formen sind möglich und es kommen auch alle in mancherlei Anwendungen vor. Gemeinsam aber ist ihnen allen der jetzt deutlich gewordene Gegensatz zwischen dem Eigenthümer und den nutzenden Personen.

§. 11. C. Gerechtigkeiten und Genossenschaften.

Dem Trieb zu einheitlicher Gemeindebildung in öffentlichem Sinne setzte sich das gefährdete Privatinteresse der einzelnen Genossen entgegen. Wurde man sich auf der einen Seite mehr der staatlichen Bedeutung und Bestimmung der Gemeinden bewusst, so trat in gleichem Masse auch der Vortheil, welcher bisher den einzelnen Hausvätern von der Almende zugefallen war, den Betheiligten lebendiger vor die Augen. Und wurde die erstere Richtung im Sinne der Einheit immer entschiedener verfolgt, so machte sich auch die entgegengesetzte im Sinne der Vielheit um so bestimmter geltend. Die gleichen Personen konnten zugleich nach beiden Richtungen hin zur Trennung wirken: denn indem sie die eine anerkannten und ihr eine gewisse Macht einräumten, dachten sie zugleich, ihre Privatansprüche desto fester zu stellen und zu sichern, und diese fixirend waren sie hinwieder genöthigt, der ausser ihrem abgeschlossenen Kreise sich mehrenden Gemeinde auch einen Spielraum zu verschaffen.

Vor allem kommt nun hier in Betracht die Beschrän-

kung der Antheilhaber an der Almende der Zahl nach. Dadurch wurde freilich dem ursprünglichen Sinne der ältern Verordnungen dieser Art gemäss nicht bloss die Genossenschaft, sondern auch das active Bürgerrecht beschränkt, aber wie diese Fixirung offenbar nur aus Rücksichten auf Privatvortheil und Privatrecht entstanden war, so konnte sie auf die Dauer auch die einem andern Impulse folgende Ausdehnung der Gemeinde nicht hemmen, sondern musste sie vielmehr fördern.

Einige Beispiele werden zugleich zeigen, in welcher Weise diese Abschliessung geschah und was für eine Bedeutung sie hatte.

Nach einer Urkunde von Pfingsten 1586 bekennen: „Wir Hans Billiter Undervogt und Einn ganze Gmeind zu Männidorff, — als wir Inn Gmeindswyss by Einn Anderen versampt gewässen und für uns genommen, wie dass in unserer Gmeindt jetzt In verrugkter Zitt so vill der Nüwen Hüseren (da vorhin nie keines gestanden) gebouwen worden und dardurch dem Gmeinwärch (verdorben aus Gemeine Mark oder Märk) Ein grossen schaden und abbruch beschächen; — sind Einns worden —: dass nun hinfüro niemermeer keiner kein Neuw Huss me Inn unnseren Gmeindt Bouwe, Es syge dann sach, dass vormalen ouch Eyn Huss daa gestannden, und Ein Alte Hus hofstatt — gsyn syge. — Wo aber etwan Brüderen von einanderen Theiltind, so mag dan auch einer wohl ein Hauss auf seine Güter bauen." — Als Grund, aus dem Neubauten verboten wurden, ist ausdrücklich — der Schaden der Almende bezeichnet; genauer geredet, war es aber nur die Verminderung des Nutzens, den die andern Häuserbesitzer aus der Almende zogen. Dieses beachtete dann auch der Rath, indem er 1608 in einem Processe zwischen der Gemeinde Mänidorf und einem dortigen Küfer, den das Bedürfniss zu einer Neubaute zwang, demselben die Erlaubniss zu bauen ungeachtet jener Verordnung verstattete, mit der Beschränkung jedoch, dass: „er noch syne nachkommende besitzer desselbigen darnacher an der vnseren von Mänedorff gemeinmerch Inn holtz vnnd veld (alle diewyl er sich

mit Inen desswegen nit verglycht) keinen teyl haben soll.

Zu Elgg wurde ebenfalls, wie es scheint, im sechszehnten Jahrhunderte die Zahl der eigentlichen Hofstätten mit vollem Rechte auf die bisherigen beschränkt, und wenn neue Häuser erbaut wurden, so liess sich der dortige Rath von den Eigenthümern Urkunden ausstellen, dass sie anerkennen, für diese Häuser auf kein Brenn- oder Bauholz Anspruch zu haben, wesshalb denn auch ihre Gebäude nie Hofstatten heissen sollen.

Ferner erkannte der Rath von Zürich 1621, es solle zu Fällanden keine haushäbliche Wohnung auf einen Platz erbaut werden dürfen woselbst zuvor noch keine gewesen[44]).

Zu Egg wurde es einem, welcher seine Häuser verkauft hatte, nicht gestattet, ein neues zu bauen. Der Rath von Zürich, an welchen die Sache kam, urtheilte im Jahr 1627: „Er solle sich um ein ander und Erbauen Hauss in dieser Gemeide umsehen: auch wird er noch jemand ander ein Neu Haus Bauwen mögen[45])."

Für Nänikon bestimmte der Rath 1679, es sollen künftig ohne höchste und ohnentbährliche nothwendigkeit keine neue Häuser mehr gebauen werden; „wer aber also eines bauwt, der soll zwaren von der Gemeind die in der vrtel von 1674 bestimmte 2 Klafter Holz jährlich zu empfangen haben; beynebend aber des Gemeindwerks in Holz und Feld nicht genoss sein, Er bezalle dann der Gemeind 100 Pfund gelds für den Einzug[46])."

Einen Gegensatz gegen diese neuern Bestimmungen, deren Zweck es ist, die Eigenthümer von Neubauten von dem Genusse der Almende auszuschliessen, bilden einige Bestimmungen des Regensberger Herrschaftsrechtes von 1538, die vielmehr Neubauten durch bisherige Dorfleute begünstigen und die Zahl der vollberechtigten Häuser zu mehren oder wenigstens immer vollzählig zu erhalten suchen.

---

44) Unt. Man. v. 12. März 1621.
45) Unt. Man. v. 17. u. 24. Febr. 1627.
46) Unt. Man. v. 1. Febr. 1679.

Art. 71. Eyner der jnn eynem dorff die dorff gerechtigkeyt hat, Mannglet derselb eyner hoffstatt, vnnd die behussen will So mag er eyn Eehoffstatt jm dorff mit Recht anfallen, vnnd soll jm das Recht beholffen sin, das jm die hofstatt gelichen werd, vmb eyn zymlichen zynns, vnnd jm gegonnt werde daruf zehussen, dieselbig hoffstatt soll er dann behussen mit eynem huss das der hoffstatt gemess syge, vnnd soll yetlich dorff eynem holtz daran vnnd darzu geben, wie desselben dorffs bruch vnnd gwonheyt jst. wolt aber den, so die hoffstatt jst, vnnd das dorff besorgen, er wurd den buw nit mögen zu ennd bryngen, Sonnder das er wurd das holtz vnnd hoffstatt wüsten, So habennd sy jn vorhin vmb eyn trostung zenöten.

Wellichem aber eyn hoffstatt angefallen wurd, so er dann jnn willen jst dieselbs innerthalb jars frist zebehusen, So soll jnn der annder vngesumpt lassen, wellicher sich aber vermess sin hoffstatt jnnert jarsfrist zebehusen, vnnd die damit eynem annderen vorhielt, So derselb dann jnnert dem jar die hoffstatt nit behussete, So ist er mynen herren zechen pfund zebuss verfallen, wie daruor vnnder den bussen gemeldet jst.

Art. 72. Wenn aber eyner jnn eynem dorff hus vnnd hoffstatt verkouffte, vnnd demnach eynem annderen sin hoffstatt wölte anfallen, vnnd vss der Gemeynd höltzeren behusen, so soll man jm weder hoffstatt noch holtz schuldig sin, vnnd soll hierinn alle gefherd vssgeschlossen sin.

Wenn aber Brüderen vnnd fründ von eynannder teylent welcher dann an eynem Orth dorffman jst, der behussung vnnd hoffstatt mannglet, der mag eyn hoffstatt mit Recht anfallen, vnnd die behusen wie vorstat.

Diess Anfallen einer fremden Hofstätte, um dieselbe zu behausen, d. h. um darauf ein Haus zu bauen, erscheint nun freilich in einer etwas räthselhaften Gestalt. Man kann zweifeln, ob darunter auch solche Hofstätten verstanden werden, auf denen bereits eine Wohnung steht aber noch Raum ist für eine zweite, oder ob bloss solche gemeint sind, welche unbehauset stehen. Das Letzere ist indessen doch viel wahrscheinlicher; denn es wird doch immer eine Säumniss des Eigenthümers vorausgesetzt, der

den anfallenden abweisen kann, wenn er selbst die Hofstätte binnen Jahresfrist behaust und überdem liesse sich ein solches Anfallsrecht auf fremden Boden kaum irgendwie rechtfertigen, und würde auch zu ausgedehnte Grenzen haben, wenn jeder noch zu überbauende Theil einer Hofstätte zum Gegenstande derselben gemacht werden könnte. Immerhin musste aber, um auch nur jenes Institut zu erklären, eine Verminderung der Bevölkerung und die Möglichkeit vieler leer stehender Hofstätten vorausgesetzt werden.

Eine andere Quelle der Trennung zwischen Genossenschaft und Gemeinde, die in hohem Alterthume entspringt, und Vieles erklärt, ist in dem Bestehen von einzelnen, nur einen Theil des Dorfbannes beschlagenden Grundherrschaften zu finden.

Die Waldung und Weide, welche einem Grundherren, gewöhnlich einem Kloster oder einem Edelmann, zugehörte, wurde von seinen Hofhörigen je nach dem ihnen vertheilten Grundbesitze und Wohnrechte benutzt. Gab es nun ausser dieser ebenfalls dem gemeinen Gebrauche hingegebenen Waldung und Weide noch eine andere Almende des Dorfes, und fielen die Hofhörigen und die Dorfgenossen nicht zusammen, waren die Ansprüche jener und die Rechte dieser verschieden, so war eine Trennung schon gegeben; denn nur selten gelang es der anwachsenden Dorfgemeinde auch solche gemeine Güter in ihren Kreis hinein zu ziehen.

In sehr vielen Fällen ging das Eigenthum an jener Almende von dem Grundherrn über auf die Hofhörigen, namentlich fast immer, wenn das Grundeigenthum einzelnen Edelleuten zugestanden hatte. Oder, wo der Grundherr das Eigenthum festhalten konnte, erwarben doch die Hofhörigen so feste und erblich gesicherte Rechte auf den Genuss daran, und wussten diese Rechte so auszudehnen, dass zuletzt nicht viel mehr als der Schein des Eigenthums zurückblieb und doch am Ende immer ein Loskauf dieses Scheines oder eine Theilung der Almende als letztes Resultat bevorstand. Diese ganze Entwicklung war aber —

unter beiden Voraussetzungen — eine rein privatrechtliche von der Entwicklung der politischen Gemeinde verschiedene. Es mussten sich daher hier immer Gerechtigkeiten und Genossenschaften bilden, sei es nun, dass diesen das Eigenthum an der Waldung zufiel, oder dass sie nur sehr ausgedehnte erbliche Nutzungsrechte erwarben. Der Eintritt in die Gemeinde war noch nicht auch Eintritt in diese Genossenschaft: wie aber dort Einzugsgelder aufkamen, so auch in der spätern Zeit hier: und so musste, wer in die beiden Verbindungen aufgenommen werden wollte, auch zwiefaches Einzugsgeld bezahlen. Eine Einrichtung, welche auch da aufkommen konnte, wo man aus andern Gründen anfing, Gemeinde und Genossenschaft, Gemeindegut und Gerechtigkeitsgut aus einander zu halten. So wird z. B. in dem Einzugsbriefe von Männidorf von 1637 schon eines Brauches erwähnt, ausser dem Einzug in die Gemeinde, welcher doch auch das Recht auf die Almende verlieh, noch einen Einzug in das „gemeine Gut" oder die „Gemeindegerechtigkeit" zu fordern, woraus folgt, dass damals schon von dem wahren Gemeindegut ein Gerechtigkeitsfond unterschieden wurde.

Merkwürdig für die Geschichte dieser Trennung der beiden Institute ist das Verhältniss der sogenannten untern Wacht zu Stäfa zu den dortigen Holzgenossen. Auch in Stäfa waren ursprünglich Holzgenossen und Gemeinde eines und dasselbe. Schon vor dem Jahre 1688 aber wurde der Genuss an der gemeinen Waldung auf eine fixirte Zahl von 105 Hofstätten beschränkt, so dass sich innerhalb der Gemeinde ein Gegensatz zu bilden anfing zwischen den 105 Holzgenossen und den sogenannten Ausgenossen. Streitigkeiten der einen mit den andern, deren Veranlassung eben in diesem zwiespaltigen Verhältnisse lag, bewirkten im Jahr 1688 eine förmliche Trennung. Jeder Theil, die 105 Holzgenossen und die „Gemeindsgenossen" (Holz- und Ausgenossen) sollte in Zukunft einen eigenen Seckelmeister haben. Damit aber die neugebildete reine Gemeinde, aus der nun das privatrechtliche Element der Holzgenossen ausgeschieden

war, auch von Anfang an ein eigenthümliches Vermögen erhalte und nicht dieses ganz den Holzgenossen folge, so mussten die Holzgenossen der neuen Gemeinde den dritten Theil ihres Capitalgutes abtreten, behielten aber die Waldungen und das Gemeindehaus für sich, letzteres jedoch mit der Verpflichtung, es auch dem Gebrauche der „gesammten Gemeindsgenossen" offen zu halten. Um in die Holzgenossenschaft aufgenommen zu werden, musste ihr ein besonderer Einzug bezahlt werden; wer Mitglied der Gemeinde werden wollte, hatte an diese einen Einzug zu entrichten. Die Holzgenossen hatten ihre Armen selbst zu erhalten, wie sie dann auch fast alles Vermögen, zumal das unbewegliche Gut, besassen; verkaufte aber einer seine Gerechtigkeit und trat er so aus der Holzgenossenchaft heraus, so fiel dann sein Unterhalt der Gemeinde zur Last.

Die neue ausgesteuerte Civilgemeinde der untern Wacht konnte nun aber ökonomisch sich nicht halten; das Hauptvermögen, in Liegenschaften bestehend, hatte als reines Gerechtigkeitsgut eine bloss privatrechtliche Bestimmung erhalten, und war der Gemeinde und ihren öffentlichen Bedürfnissen entdrückt worden. Daher wurde das bereits getrennte Vermögen schon 1694 von neuem vereinigt, die ursprünglich gedoppelte Bestimmung desselben wieder in der neuen Vereinigung anerkannt und das alte Recht wesentlich wieder hergestellt. Ebenso wurden die getrennten Subjecte wieder vereinigt, so jedoch, dass innerhalb der neuen Gemeinde von neuem und eher noch bestimmter als früher die Getrenntheit der Ausgenossen und 105 Holzgenossen sich darstellte. Wie konnte diess anders sein, nachdem beide sich schon als ganz und gar gesonderte Gesammtheiten bewusst geworden waren. Ungeachtet der Vereinigung in Eine Gemeinde, erhielten daher die Holzgenossen wie eigenthümliche Rechte so auch eigenthümliche Pflichten. Die Vereinigung geschah demnach folgendergestalt.

Es soll in Zukunft wieder nur Ein Seckel (Eine Casse) sein, jedoch so, dass der ganzen Gemeinde (Holzgenossen und Ausgenossen) Rechnung abzulegen sei, und sie den

Seckelmeister, freilich aus den Holzgenossen erwähle. Die regelmässigen Steuern sind gemeinsam, ebenso die Frohnden für die Landstrassen, dagegen die Frohnden für die Holzwege und Strassen, welche nur für die von den Holzgenossen ausschliesslich benutzte Almende dienen, sind von diesen allein zu leisten. Damit die Zahl der stimmberechtigten Ausgenossen sich nicht mehre, sollen nicht bloss die Holz- sondern auch die Ausgenossen ohne obrigkeitliche Bewilligung keine neue Häuser bauen dürfen. Die Gemeinen Aemter sollen wie bisher ohne Unterschied aus Holz- oder Ausgenossen bestellt werden. Eine neue Theilung soll nicht Statt finden.

So wurde nun der frühere Zustand wiederholt. Das Hauptvermögen, die Liegenschaften, wurde zwar immer als vorzugsweise den 105 Holzgenossen zugehörig betrachtet; die Geldeinkünfte dagegen, auch wenn sie aus dem Besitz der Liegenschaften hervor gingen, z. B. Bussen wegen Holzfrevel, der Preis des verkauften Holzes u. s. f. fielen in die gemeine Casse und wurden ohne Unterschied, woher sie gekommen, zum grössern Theile für öffentliche Bedürfnisse der Gemeinde, zum kleinern aber ausschliesslich für die 105 Holzgenossen verwendet.

Daraus erklärt es sich, dass die Holzgenossen im Jahr 1792 einzelne Almendgüter, ohne auch nur die Erlaubniss der Gemeinde nachzusuchen, unter sich vertheilten und lediglich die Genehmigung der Obrigkeit einholten, zugleich aber auch, dass die Ausgenossen oder vielmehr die aus der Revolution hervorgegangene persönliche Bürgergemeinde, als nun im Jahr 1802 auch der Rest der Almendgüter von den Holzgenossen der Privattheilung unterworfen wurde, zwar nicht gegen eine solche Theilung Einsprache erhob, auch für sich keine Theile zu begehren wagte, wohl aber forderte, dass die Gemeinde für ihre aus den von der Almende her zugeflossenen Einkünfte billig entschädigt werde. Durch schiedrichterlichen Spruch wurden denn auch die Holzgenossen angehalten, der Gemeinde einen mit den frühern Nutzungen derselben gemässen

Auskauf zu bezahlen. Dadurch nun aber war denn zugleich das privatrechtliche Element der Holzgenossen ganz und gar aus der Gemeinde verschwunden und das bürgerlich politische blieb allein zurück.

Auch die reine Genossenschaft war aus der frühern genossenschaftlichen Gemeinde hervorgegangen. Darum blieb auch sehr lange jeder Besitz und Genuss einer Gerechtigkeit geknüpft an den Besitz einer Behausung und das Wohnen in derselben. Hatte daher einer zwei Haushofstätten und bewohnte nur die eine, so konnte es vorkommen, dass er auch nur diese eine Gerechtigkeit benutzen durfte. Häufiger aber finden sich Bestimmungen für den entgegengesetzten Fall, in welchem Ein Haus von mehrern Haushaltungen bewohnt wird. So lange noch die Häuser regelmässig keine Stockwerke hatten, sondern Ein Herd mit seinem Rauch die ganze Wohnung erfüllte, war auch eine Theilung der Gerechtigkeit kaum denkbar. Seitdem aber höhere Häuser gebaut wurden, mit mehrern Stockwerken, und mit mehrern Herden, jeder für eine Haushaltung bestimmt, so liess es sich fragen, ob nicht auch diese verschiedenen Familien Antheil an der Gerechtigkeit erhalten sollen und welchen. Ebenso liess es sich denken, dass ein längeres Haus auf derselben Hofstätte getheilt werde und jeder Theil an einen andern Eigenthümer übergehe.

In allen dergleichen Fällen hatten die übrigen Genossen ein auffallendes Interesse, die Haushofstätte, mochte nun damit vorgenommen werden was wollte, als Einheit aufzufassen, und sich jeder Theilung, so weit sie irgend selbständige Ansprüche erzeugen konnte, zu widersetzen. Daher jene schon oben angeführten Verordnungen, dass immer nur Einer als Stellvertreter des Ganzen in der Gemeinde erscheine. Daher die Processe der Genossenschaften gegen die Theilung von Haushofstätten, z. B.

St. Man. v. 19. Juni 1654: Wyl es ein durchgehnde landts-Ordnung, dass die Husshoffstatsgerechtigkeiten nit sollend gestuket werden, soll es einfaltig daby plyben.

St. Man. v. 24. Nov. 1656. Ein Heinrich Frey von Untermettmenstetten bittet den Rath um Bestätigung eines Kaufes eines halben Hauses und Gerechtigkeit. Die Gemeinde opponirt und der Rath weist jenen ab: „wylen man nit finden können die Gemeind dissfahls zu beschweren vnd zu Ihrem grosen schaden vnd ohngelegenheit halbe Husshoffstädten vnd gerechtigkeiten machen ze lassen.

Daher endlich auch die Bestimmungen in manchen Gemeinden, dass die mehrern Haushaltungen zusammen immer nur Einen Theil erhalten sollen, so dass nothwendig die Rücksicht auf persönliche Bedürfnisse, z. B. für Brennholz zurück trat.

Einzugsbrief für Regensberg v. 1634: „Ob — in einer behausung zwo ald mehr Haushaltungen werend, soll doch vff soliche behausung von aller gnossamme der Burgerschaft vnd gemeindwerchss mehr nit dan vff eine andere einfache bewohnte behausung dienen." Ebenso in andern Einzugsbriefen, z. B. für Richterschwil v. 1752.

Ganz liess sich aber auch hier eine Theilung der Gerechtigkeiten in vielen Dörfern und Genossenschaften nicht hemmen. Je mehr die Genossenschaften der privatrechtlichen Richtung sich hingaben, desto weniger Bedenken konnte man hinwieder finden, die Gerechtigkeiten als ein — freilich noch immer mit dem Grund und Boden verbundenes — Vermögensrecht anzusehen, das wie anderes Eigenthum weiterer ideeller Theilung fähig sei. Auf Seite der Genossenschaft aber als einer Gesammtheit hatte man nicht hinreichenden Grund, um diess für immer zu verhindern, wenn nur die verschiedenen Theilgerechtigkeiten nicht mehr Rechte ausüben durften, als früherhin die Eine ganze Gerechtigkeit. So gab es denn nach und nach halbe, viertels, achtels Gerechtigkeiten, und noch kleinere Quoten, welche hinwieder Gegenstand der Veräusserung, Vererbung, Verpfändung wurden.

In der Folge ging man noch weiter, freilich auch hier besonders erst nach der schweizerischen Revolution. Dem Impulse des freien Verkehrs und der persönlichen Richtung

der Zeit folgend fing man nämlich an, auch die Gerechtigkeiten als Rechte aufzufassen, die ein eigenes Dasein haben, der Person zustehen, und ihrer Verfügung unterliegen. Die Verbindung mit Grundbesitz, mit Sondereigenthum erschien als eine mehr zufällige und lösbare, und das Recht auf die Almende dieser Stütze, dieses Bodens nicht mehr zu bedürfen. Eine Veräusserung derselben wurde somit möglich, ohne dass zugleich die Haushofstätte mit veräussert wurde. Und so hatte es denn gar keine Schwierigkeit mehr, auch Nichtbürgern, Ansässen, welche in der Gemeinde wohnten, ja sogar auswärts wohnenden Ausbürgern ganze oder halbe Gerechtigkeiten zu verschaffen.

Dadurch erhält nun freilich auch die Genossenschaft eine geänderte Gestalt. Sie besteht nämlich jetzt nicht mehr nothwendig aus den sämmtlichen Eigenthümern oder Erbbesitzern der Haushofstätten, sondern aus einer grössern oder geringern Anzahl von beliebigen Personen. Das Verhältniss dieser Gerechtigkeitsinhaber, Genossen, unter sich ist immer noch weder das einer römischen Universitas noch das einer blossen Gesellschaft, sondern das einer deutschen Genossenschaft. Offenbar nämlich blieb hier anders als bei den bürgerlichen Gemeinden die Richtung im Sinne der Vielheit vorherrschend. Aber zu dem äussersten dieser Richtung, wodurch die Gemeinschaft ganz und gar aufgehoben wurde, zu einer realen Theilung des Bodens kam es nur selten, gewöhnlich nur bei Weiden, fast nirgends aber bei Waldungen, wo der Staat jeder Vertheilung sich beharrlich und seit langem her widersetzte. Wurde nun aber die Genossenschaft (bei uns oft Corporation genannt) schon durch die Einheit des gemeinen Gutes zusammen gehalten, welches eine Theilung nicht wohl vertrug, so blieb die Einheit derselben doch auch noch in andern mehr subjectiven Beziehungen wahrnehmbar.

Die Genossen traten nämlich wie vormals zu einer Gemeinde zusammen, und was hier die Mehrheit be-

schloss, dem musste sich die Minderheit in der Regel fügen. Sie behielten gewöhnlich eine Vorsteherschaft bei, welche die Genossenschaft nach aussen hin vertrat und zugleich für die gemeinsame Bewirthschaftung sorgte. Und was die Verbindung der Genossenschaft vorzüglich erhielt, der alte Grundsatz, dass kein einzelner Genosse auf Theilung klagen dürfe, blieb fortbestehn.

Am nächsten kommt dieses neue Institut dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse, insofern der Genossenschaft das Eigenthum an der gemeinen Waldung zusteht. Hier kann man nämlich noch immer sagen: die Waldung gehört der Genossenschaft und sie gehört den einzelnen Genossen, nur erscheint das Recht der Letztern nicht mehr als Ausfluss ihres Sondereigenthums. Bald werden aber auch jetzt noch mehr die Gesammtheit, die Gemeinde oder Vorsteherschaft der Genossen, bald mehr die Einzelnen mit ihren ideellen Theilrechten sich als Subject darstellen; und so kann man nicht zweifeln, dass jener Begriff des Gesammteigenthums noch heutzutage Anwendung leidet. Neben der Einheit des Subjectes und gewissermassen in ihr eingeschlossen ist die Vielheit der Subjecte, in der Genossenschaft die Genossen. Für diese letztern nämlich ist das Eigenthum an der Waldung in eine entsprechende Anzahl von Gerechtigkeiten gespalten, und jede Gerechtigkeit kann von neuem in eine Anzahl von Theilgerechtigkeiten zerlegt sein, welche wieder verschiedenen Subjecten angehören. Diese Besitzer von Theilrechten stehen aber immer in viel engerer Verbindung mit einander als mehrere Miteigenthümer des römischen Rechtes. Sie können zwar ihre Rechte auch einzeln veräussern; aber der neue Erwerber muss doch immer wieder in dieselbe Gemeinschaft treten und diese achten, wie sein Vorgänger. Die mehrern Besitzer von Theilgerechtigkeiten haben gewöhnlich zusammen nur Eine Stimme, die der ganzen Gerechtigkeit, und die sämmtlichen Besitzer der ganzen Gerechtigkeiten zusammen stellen sich wieder in ihrer Einheit als Gemeinde dar.

Der Einzelne muss somit die Stimme der Mehrheit als des Ganzen anerkennen und ihr gehorchen; aber hinwieder muss auch die Gesammtheit das Recht des Einzelnen respektiren. Auch er hat ein selbständiges, nicht völlig dem Willen der Genossenschaft unterworfenes Recht. Daher kann auch nicht in allen Dingen die Mehrheit entscheiden und nicht immer braucht sich die Minderheit ihr zu fügen.

In welchen Sachen entscheidet aber die Mehrheit mit Fug, so dass die Minderheit sich ihrem Willen unterwerfen muss, und in welchen Sachen steht ihr diese Befugniss nicht zu? Nahe verwandt ist damit die andere Frage: In welchen Fällen hat der einzelne Gerechtigkeitsinhaber den Verfügungen der Vorsteherschaft zu gehorchen, in welchen andern steht er ihr selbständig gegenüber? Sowohl die Versammlung der Genossen zu einer Gemeinde, als ihre Vorsteherschaft und ihre Beamteten sind immer Organe der Genossenschaft als einer Gesammtheit. Wo die Gesammtheit als solche betheiligt ist, wo es sich um das Recht der ganzen Genossenschaft handelt und nicht das Recht des Einzelnen als solches in Frage kommt, da wird der gemeinsame und rechtsverbindliche Wille von jenen Organen der Gesammtheit ausgedrückt. Die Form dieses Willens ist daher auch weniger die der Vereinbarung des Vertrages als vielmehr des Gesetzes, der Gebote, Verbote, Verfügungen. Um nun Einzelnes anzuführen, so gehört hieher vornämlich:

a) Abfassung von Statuten und allgemeinen Verordnungen.

b) Bestimmung und Wahl der Vorsteherschaft und der Beamteten.

c) Anordnungen über die Bewirthung der Güter. Sorge für Herstellung der Graben, Wege u. s. f.

d) Bezeichnung und Feststellung des regelmässig zur Vertheilung kommenden Jahrhaus.

e) Ansetzung von Gebühren (Losgelder) für den Bezug des Holznutzens.

f) Abschliessung von Verträgen im Namen der Gesammtheit.

g) Rechnungsabnahme und Verfügung über das vorhandene Geld.

h) Processführung im Interesse der Waldung.

i) Zulassung und Ordnung über die Holzlese der Armen.

k) Loskauf von Servituten Dritter, die auf der Waldung haften.

Dagegen darf die Mehrheit nicht eingreifen in die wohlerworbenen Rechte der einzelnen Genossen. So vor allem aus ist sie nicht berechtigt, im Gegensatze gegen die allgemeinen Statuten, den individuellen Genuss einzelner Genossen zu verkürzen oder ganz zu hemmen, eben weil die Vorsteherschaft oder die Gemeinde nicht das Recht der Gesammtheit noch die Rechte aller, sondern vielmehr das Recht eines oder mehrerer einzelner Genossen zu bestimmen sich anmassen würden. Aus gleichem Grunde sind dieselben auch nicht befugt, einzelnen handlungsfähigen Genossen ihr Stimmrecht in der Gemeinde zu entziehn [47]). Aber selbst wenn die äussere Form des allgemeinen Willens beachtet, selbst wenn der Beschluss sich nicht als willkührliche Kränkung der Rechte bloss einiger Genossen darstellte, sondern als allgemeine Regel sich auf Alle bezöge, und die Rechte aller gleichmässig beschlüge; selbst dann lässt es sich denken, dass wohlerworbene Rechte der Genossen verletzt werden und die Minderheit sich dem Willen der Mehrheit nicht zu unterziehen habe. Gesetzt, z. B. die Mehrheit würde beschliessen, dass in Zukunft kein Genosse seine sogenannte Gerechtigkeit weder verpfänden noch veräussern dürfe, oder dass die Gerechtigkeiten nach dem Tode jedes Inhabers an die Gesammtheit heimfallen und sich nicht auf die Kinder des Verstorbenen vererben: so hätten derlei Beschlüsse gewiss die äussere Form allgemeiner Gesetze im Gegensatze zu individueller Willkühr. Dem ungeachtet wären sie für die Minderheit unverbindlich; denn die einzelnen Genossen gehen mit ihrem Rechte nicht ganz in der Gesammtheit auf; sie behalten in ihr doch eine gewisse Selbständigkeit, und ihre gesonderten dem Verkehr

47) Ein hieher gehöriger Fall findet sich in der M. on. Ch. VI. 46. ff.

anheim fallenden Privatrechte den Charakter für sich bestehender Rechte. Wo daher die Gesammtheit des Einen Rechtssubjectes die Verbindung der vielen einzelnen Rechtssubjecte zu zerstören, wo die Vielheit von der Einheit verschlungen zu werden und die Sonderrechte in dem Einen Rechte des Ganzen unterzugehen drohen, da sind die einzelnen Genossen zum Widerstande gegen die Genossenschaft und zum Schutze der eigentlichen Bedeutung des Institutes veranlasst, da kann der allgemeine Wille den Sonderwillen nicht unterjochen.

Die einzelnen Genossen brauchen darum doch nicht ihre Rechte als Servituten noch als Forderungen darzustellen; ihre Gerechtigkeiten sind eben Theilrechte, die in gewissen Beziehungen selbst wieder als Ganze erscheinen, während sie in andern nur als Theile eines grössern Ganzen Geltung haben.

Aus dem gleichen Gesichtspunkte muss auch die Frage der Theilung der Genossengüter behandelt werden. Oben schon haben wir gesehen, dass nicht jeder Einzelne Theilung fordern kann. Aber kann die Mehrheit der Genossen Theilung gebieten? Wäre die Genossenschaft nur eine juristische Person, so müsste die Frage ohne anders bejaht werden. Sie ist aber auch eine Verbindung von einzelnen Genossen. Durch die Theilung würde nicht bloss das Recht des Ganzen betroffen, sondern auch die Antheilsrechte der einzelnen Genossen als solche würden verwandelt. Sie würden aufhören, Rechte an dem ganzen Gemeingute zu sein, und zu Rechten werden an einzelnen Sondergütern. Eben desshalb muss, wo das Princip der Genossenschaft ganz consequent festgehalten wird, auch für die Theilung Einstimmigkeit der Genossen gefordert werden[48]).

Vieles hängt nun freilich von den besondern Uebungen und Statuten der einzelnen Genossenschaften ab. Die einen

48) Vergl. Urk. vom Jahr 1303 bei Kindlinger Münst. Beiträge II. 300, und Kraut Grundriss zu Vorles. über das deutsche Privatrecht §. 111.

haben sich in mehr privatrechtlichem Sinne ausgebildet, andere haben noch einen stärkern Beisatz öffentlicher Elemente in sich bewahrt; die einen haben die Einheit fester gehalten, andere mehr der Vielheit Rechnung getragen. Es lässt sich da viel Mannigfaltigkeit denken. Immer aber wird die obige Ausführung dazu dienen, die Hauptrücksichten anzudeuten, worauf es bei der Beurtheilung ankommt, und das deutsche eigenthümliche Wesen des Institutes von unpassenden römischen Begriffen zu reinigen.

Bisher war von dem Falle die Rede, wo die Genossenschaft Eigenthümer der Waldung geblieben. Wie aber, wenn das Eigenthum der bürgerlichen Gemeinde, die mit jener aus demselben Institute erwachsen war, zufiel, und doch die davon getrennte Genossenschaft gewisse Nutzungsrechte beibehielt? Gehört das Eigenthum der Gemeinde, so kann nun freilich die ganz und gar davon verschiedene Genossenschaft nicht auch Eigenthum haben. Aber welches Recht steht ihr denn zu?

Voraus ist zu beachten: die veränderte Stellung der Genossenschaft zur vormaligen Almende hat darum noch nicht auch ein verändertes subjectives Verhältniss der Genossen unter sich und als Glieder der Gesammtheit zur Folge. Vielmehr ist die Genossenschaft auch hier eine zur Einheit verbundene Vielheit verblieben. Aber einen objectiven Einfluss auf die Bedeutung der Gerechtigkeiten musste jene Veränderung allerdings äussern; sie konnten, wenn gleich aus Eigenthum entstanden, doch nicht länger als Eigenthum an der Waldung aufgefasst werden, weil sich dieses nicht vertrug mit dem Eigenthum der Gemeinde. Die dingliche Beziehung dieser Rechte aber auf das jetzige Gemeindegut ging darum nicht unter, sie wurden dingliche Rechte einer ganz eigenthümlichen Art, wie die Römer sie nie gekannt hatten, und wie die römische Theorie sie auch nicht beleuchten kann; dingliche Rechte, welche sich zwar mit den Reallasten zusammen stellen lassen, aber auch von diesen wieder verschieden sind. Ihr eigenthümlich historischer Ursprung zeigt

sich auch in ihrer jetzigen individuellen Gestalt, und so werden sie am besten als besondere Rechte behandelt und mit eigener Theorie ausgerüstet. Die Juristen, welche es nicht über sich bringen können, alle Erscheinungen des Lebens in das Prokustesbette überlieferter Schulbegriffe hinein zu zwängen, mögen bedenken, dass ihre grössern Vorbilder die römischen Juristen auch hierin viel freier verfahren sind, und eigenthümlichen Instituten auch eine eigenthümliche Theorie gewidmet haben.

In dieser Beziehung zu fremdem Eigenthum haben dann die Genossenschaft als Gesammtheit und die Genossen als Einzelne in ihr ein höchst umfassendes dingliches Recht und gleichartige dingliche Rechte auf gewisse Nutzungen an der Almende, welche dem Rechte der Gemeinde als Eigenthümers in mehr als Einer Hinsicht sehr nahe kommen. Zunächst wird nun freilich dem Eigenthümer das Recht zustehen, die Bewirthung dieser Grundstücke zu bestimmen; aber doch nicht unbeschränkt, nicht so, dass die herkömmlichen Nutzungen dadurch wesentlich verändert oder gar beseitigt werden dürften. Auch steht es der Gemeinde (abgesehen von der Oberaufsicht des Staates) nicht zu, die Almende zu vertheilen, ohne dass die Genossenschaft ihrerseits wieder einwilligte, denn wie diese in sich selbst dauernd verbunden ist, so soll auch das ganze Grundstück, auf welches sich ihr Recht ausdehnt, in seiner Einheit sich erhalten, ein ganzes bleiben. Dem Inhalte nach aber sind die Nutzungen der Genossen an dem Gut der Gemeinde nicht wesentlich verschieden von den Nutzungen, wenn sie selbst das Eigenthum besitzt, nur werden jene, weil ein fremder Eigenthümer hemmend entgegen steht, eher Beschränkungen erleiden, während diese eher einer Ausdehnung fähig sind[49]).

Mannigfaltigkeit der Erscheinungen ist dann auch hier wieder freilich ganz natürlich und im Einzelnen wird Vieles erst aus den besondern historischen Verhältnissen klar.

---

49) Ein Beispiel der Art Mon. Ch. VIII. S. 54 ff.

Da in der neuesten Zeit Streitigkeiten zwischen Genossenschaften und Gemeinden zur Tagesordnung gehören, und der letzte Process einer gänzlichen Ausscheidung der beiden Vermögen der getrennten Subjecte in unsere Tage fällt, so würde es sich schon dadurch rechtfertigen, dass wir diese Verhältnisse besonders ausführlich behandelt haben, hätten sie auch nicht ein bleibendes wissenschaftliches Interesse. Aus unserer Darstellung sollte nun hoffentlich deutlich geworden sein, dass eben beide gleiches Unrecht haben, die welche behaupten, ursprünglich habe alle Almende der Gemeinde gehört, wie die, welche annehmen, in der ersten Zeit habe sie immer der Genossenschaft zugestanden. Beide Meinungen sind nur einseitige Auffassungen dessen, was ursprünglich nicht einseitig war. Man darf daher weder das Eigenthum der Gemeinde noch das Eigenthum der Genossenschaft präsumiren, sondern muss nothwendig in jedem einzelnen Falle zusehen, ob dasselbe der später entstandenen Gemeinde, oder der später entstandenen Genossenschaft in der Folge zugefallen sei, indem ursprünglich beide eben noch ungetrennt in einander verschmolzen waren.

§. 12. D. Oberaufsicht des Staates.

Eine Oberaufsicht des Staates über die Verwaltung der Gemeindegüter wurde zuerst bei den Kirchengütern geltend gemacht. Schon nach älterem kanonischen Rechte nämlich unterlag diese der Aufsicht der höhern kirchlichen Beamteten, und alljährlich musste gehörige Rechnung gestellt werden. Als nun die bischöfliche Gewalt in Folge der Reformation unterging, so trat auch hier der Staat sogleich vorsorgend und überwachend an ihre Stelle. Ein besonderer Grund lag hier ausser der alten Gewöhnung, und der hergebrachten Organisation in der durchweg öffentlichen und kirchlichen Bestimmung dieser Güter, welche weit mehr als die Gemeindegüter dem Privatinteresse entrückt waren.

Schon in einem Mandate von 1530 kommt daher folgende Verordnung des Rathes vor:

Diewyl sich ouch finden lasst, das mit den Kilchenngueteren vnnd Almuosen der armen, übil huss gehalten, böss, vnnd an etlichen endenn gar kein rechnung darumb genommen noch gegeben wirdt, — So wellennd wir hiemit allen vnsern Ober- vnnd Vndernvögten, hierum getrüw flyssig vffsechen ze haben zum ernstlichesten gebotten habenn, das diese Kilchengueter nit mer wie bisshar misshandlet, verthan, ussgelichenn, verborget, verschweynnt, oder zuo eynichen anderen dingenn, dann zu notturfft der armen verwendt oder gebrucht, Sunder durch die Kilchenpfläger, vnnd verordnete Amptlüt zum flyssigesten yngezogen, susamen gehalten, Vnnd dem Ober vnnd Vndervogt mit sampt dem Pfarrer vnd den Eegoumern järlich guot erbar rechnung darumm geben, Ouch sölliche gueter allein der vorrath vnnd jarnutz on beschwerung vnd mynderung angeleyten houptguots den armen, besunder denen, so in yeder Kichhöre gesässen, zum trüwlichesten vnnd erbaresten — gehandtreycht — werden[50].

Seit der Mitte des sechszehnten Jahrhunderts dehnte sich dann eine ähnliche Aufsicht auch über die Verwaltung der eigentlichen Gemeindegüter aus. Unordentliche Wirthschaft scheint die erste Veranlassung dazu gegeben zu haben, und die zunehmende öffentliche Bedeutung auch der Gemeindegüter schien die Wünschbarkeit einer Aufsicht durch den Staat und das Recht des Letztern darauf zu rechtfertigen. Doch ging man anfangs ziemlich schüchtern zu Werke. An eine Bevormundung der Gemeinden durch den Staat wagte man in der ersten Zeit gar nicht zu denken, die Gemeinde war sich zu lebhaft ihrer Selbständigkeit als eines Vermögenssubjectes bewusst, und die Verwendung war noch zu vorherrschend privatrechtlich, um der obrigkeitlichen Aufsicht einen grossen Spielraum zu gestatten. Selbst eine regelmässige Vorlegung der Gemeindsrechnungen an obere

50) Vergl. Mandat von 1528. Herrschaftsrecht von Regensberg von 1538. Art. 90. (Pest. I. 270.)

Behörden wurde noch nicht vorgeschrieben, sondern nur im Allgemeinen ordentliche Rechnungsführung empfohlen, und das Begehren um Vorlegung der Rechnungen zur Prüfung und Einsicht als ein mögliches in Aussicht gestellt.

Im Jahr 1563 (24. April) nämlich verordnete der Rath, alle Vögte auf der Landschaft sollen:

> Die eltisten Inn jeder gmeind zuosammen berüffen, Inen — was vss söllicher liederlichkeit vnd lychtfertigem zeren gefolge, fürhalten vnd Inen darby mit allem ernst antzeigen, das Ir myn Herren sölliches fürer nit gestatten sonder schlechts wellind, das sy Irer gmeindgüter vnnd Inkommen ordenlich zuosamen samlen vnnd behalten, damit was künftigcklich fürfiele Jede gmeind etwas hinderhuot hette, sy ouch darneben erInnern, das sömlichs allein Inen vnnd den Iren zuo guot bescheche, vnnd das sy fürhin dermassen handlen, wann Ir myn Herren bedacht wurdint, desshalben by Jeder Gmeind Rechnung Intzenemmen, das sy darumb bescheid vnnd Antwurt geben könnind.

Die ersten eingegebenen Rechnungen beziehen sich auch durchaus nicht auf das gesammte Gemeindevermögen, sondern gewöhnlich nur auf die Gemeindscassen, und deren Einnahmen und Ausgaben. Die viel wichtigern Liegenschaften und ihre Benutzung blieben anfangs ganz weg oder wurden dann etwa kurz bezeichnet. Aber immer öfter begehrte man Rechnungsablage, bis dieselbe zuletzt ganz regelmässig ward. Selbst die Gerechtigkeitsgüter besonders da, wo dieselben theilweise zu öffentlichen Zwecken mitwirkten, konnten sich nicht ganz der Aufsicht des Staates entziehen; und je mehr die beiden letzten Jahrhunderte der Idee der Vormundschaft und einer väterlichen aber bedeutend in das freie Walten der Unterthanen eingreifenden Vorsorge günstig waren und dieselbe zur Reife brachten; desto mehr war auch für die Gemeinden Gefahr vorhanden, dass sich die blosse Aufsicht in Mitwirkung verwandle und die Selbständigkeit zur Handlungsunfähigkeit herabsinke.

Indessen kam es doch nie so weit, dass man vergessen

hätte, wer Eigenthümer dieser Güter sei und dem Wesen nach erhielt sich doch die Freiheit der Gemeinden in stärkerm Masse als in andern Staaten, welche dieselben das Gewicht der Herrschaft schwerer empfinden liessen. Es ist diese Freiheit der Gemeinden, welche in der neuesten Zeit noch einmal bedroht wurde, von neuem festgesetzt worden. Und mag auch die Schweiz allerdings in höhern Staatseinrichtungen bedeutend hinter grössern Staaten zurück stehen, so hat sie dagegen in der freien Gemeindeverfassung einen Ersatz für Vieles und eine höhere Stufe der Entwicklung bewahrt, als so leicht irgend ein anderer Staat.

§. 13. Eigenthum. A. An Grundstücken.

1. Das Eigenthum an Liegenschaften wird noch immer in anderer Weise erworben und verloren als das Eigenthum an beweglichen Sachen. Die ursprünglichen (originären) Erwerbsformen des Grundeigenthumes sind nun schon längst ganz in den Hintergrund getreten. Denn auch die gemeine Waldung (die Almende) wird nun so sehr als begränztes Eigenthum der Gemeinde oder Genossenschaft betrachtet, dass eine Urbarmachung einzelner Theile keine Veränderung in dem Eigenthume selbst bewirken könnte. Neuer Boden entsteht aber äusserst selten, und eine Ersitzung ist unserm Rechte gänzlich unbekannt.

. Desto wichtiger sind dagegen die beiden Hauptformen eines abgeleiteten Erwerbes von Grundeigenthum, nämlich *a)* kanzleiische Fertigung unter Lebenden; *b)* Erbfolge, gegenüber dem verstorbenen Eigenthümer.

2. Die kanzleiische Fertigung welche nunmehr aufgekommen war[51]), die gerichtliche Fertigung der mittlern Zeit, und die gerichtliche Auflassung der ältesten Zeit, sind nur verschiedene Formen desselben Grundprin-

51) Vergl. oben Buch IV. §. .5 S. 35.

cips. Es ist nicht mehr nöthig, dass sich der Veräusserer an das Gericht wende, um Eigenthum zu übertragen. Aber es ist nöthig, dass er sich an den Notar wende, in dessen Sprengel das Grundstück liegt, und dass der Eigenthumsübergang in den Notariatsprotokollen vorgemerkt werde. In dieser Weise ist noch immer die Veränderung in der Person der Grundeigenthümer an eine öffentliche Form geknüpft, und der Verkehr mit Grundstücken unter die Garantie eines öffentlichen Institutes gestellt.

Es genügt somit nicht, dass das Grundstück in den Besitz des Erwerbers übergeben werde, um Eigenthum zu übertragen. Auch wenn der Besitz mit der Absicht zugleich Eigenthum zu verschaffen, übergeben, und mit der Absicht Eigenthum zu erwerben, angefangen wird, so geht darum doch das Eigenthum nicht wirklich über, sondern es muss nothwendig, um solches zu bewirken, der Erwerb in das Notariatsbuch eingetragen sein. Ja es ist die Besitzesübertragung überhaupt kein Erforderniss des Eigenthumsüberganges, indem durch kanzleiische Fertigung das Eigenthum auch an einem Grundstücke erworben werden kann, welches von einem Dritten besessen wird, insofern nur der wirkliche Eigenthümer zu dieser Veräusserung eingewilligt hat.

Wir müssen somit kanzleiische Fertigung für die einzige und zugleich nothwendige Form des Eigenthumserwerbes von Grundstücken erklären, die Erbfolge allein ausgenommen, ein Grundsatz, der sich fast allenthalben in der deutschen Schweiz anerkannt findet, wenn schon die Form der Fertigung bald so bald anders sich gestaltet[52]).

Man könnte auch in dieser spätern Zeit noch eine Anwendung gerichtlicher Zufertigung als eine fernere Erwerbsform zulassen wollen, welche sich dann zu der kanzleiischen Fertigung etwa verhielte, wie die römische

---

52) Mon. Chr. III. 169. 418. II. 239.

Adjudicatio zur Mancipatio. Allein diese Ansicht scheint nicht Stich zu halten. Es leidet zwar keinen Zweifel, dass auch bei uns der Richter, welcher zunächst kein neues Recht schaffen, sondern nur das vorhandene Recht anerkennen und schützen soll, bei Klagen auf Theilung gemeiner Güter genöthigt ist, der einen Partei, z. B. dem einen der Miterben dieses einem andern jenes Stück ausschliesslich zuzusprechen, demnach mit vollem Bewusstsein eine Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen zu bewirken, und neues Recht zu erzeugen. Würde der Richter auch hier nur das vorhandene Recht aussprechen, so käme es überall zu keiner Theilung, welche ja ihrem Wesen nach eine Aufhebung des bisherigen Miteigenthumes, eine Auflösung der bisherigen Gemeinschaft ist. Aber geht nun schon durch den Zuspruch des Richters das ausschliessliche Eigenthum auf den vormaligen Miteigenthümer über oder bedarf es auch hier einer nachfolgenden kanzleiischen Fertigung?

So lange diese letztere überall noch vor dem Gerichte vorgenommen wurde, somit eine gerichtliche Fertigung war, so verstand es sich, dass auch jene Zuerkennung durch das Gericht volle Wirkung äusserte und wahres Eigenthum verschaffte. Nachdem aber einmal die Führung der Notariatsprotokolle von dem Geschäftsgange der Gerichte abgesondert wurde und eine eigene aussergerichtliche kanzleiische Fertigung an die Stelle jener trat, so änderte sich auch die Wirksamkeit jener Zuerkennung. Es hängt das zusammen mit der Bedeutung der Notariatsprotokolle für den öffentlichen Credit. Dieselbe beruht nämlich darauf, dass Jeder durch Einsicht der öffentlichen Bücher sich mit Sicherheit in Kenntniss setzen kann, dass ein anderer und wer der Eigenthümer eines Grundstückes ist. Könnte nun inzwischen durch gerichtliche in dem Notariatsprotokolle nicht enthaltene Zuerkennung Eigenthum übertragen werden, so würde jene Sicherheit gestört und neue Ungewissheit erzeugt. Diese Betrachtung mochte daher schon frühe dazu führen, unbedingt kanzleiische Fer-

tigung zu fordern und sogar in diesem Falle erst von ihr den Eigenthumserwerb abhängig zu machen. Es liegt somit in jener Zuerkennung vorerst nur die Erzeugung eines Anspruchs auf Fertigung und Eigenthumserwerb nicht aber dieser letztere selbst.

Zu dieser Ansicht passt es denn ganz, wenn ein späteres Gesetz[53]) die Güterverkäufe von Eltern an Kinder der gerichtlichen Ratification unterwirft, nach Erlangung derselben aber der Notariatskanzlei zur Fertigung zuweist.

3. Eine Ausnahme von dem obigen Erfordernisse kanzleiischer Fertigung macht ein Privilegium der Stadtbürger von Zürich. Diese nämlich können Eigenthum an Grundstücken übertragen auch ohne Zuzug und Vorwissen eines Notars, privata manu, wie man sich ausdrückt. Dieses Privilegium, dessen Ursprung ich nicht näher nachzuweisen im Stande bin, mochte in Verbindung stehen mit dem allgemeinen Siegelrechte der Stadtbürger in der mittlern Zeit. Lange mochten auch die Stadtbürger darin ein schätzbares Vorrecht des Geheimnisses erblicken, und sonderbar genug erhielt sich dieses Ausnahmrecht noch bis auf die Gegenwart. Zu den übrigen geltenden Rechtsprincipien passte es nie recht, den Stadtbürgern selber war es eher schädlich als nützlich und so kann es unmöglich lange mehr bestehen. Auch werden bereits freiwillig die meisten Veränderungen der Stadtbürger ebenfalls den Notariatsprotokollen einverleibt[54]).

---

53) Gesetz vom 22. Mai 1812. §§. 1 und 4. Mediationssammlung Bd. V. S. 225.

54) Von juristischem Interesse ist dieses Privilegium überall nicht, wohl aber von praktischem. Dass dabei nicht auf die Person des Erwerbers, sondern die des Veräusserers gesehen wird, liegt schon in der Bedeutung der kanzleiischen Urkunden, welche von dem Veräusserer dem Erwerber zugestellt werden. Jener bedurfte dazu notarialischer Hülfe. Der Stadtbürger dagegen, der nach dem Sprüchworte seine eigene Kanzlei ist, stellt von sich aus die Urkunde aus. Vergl. Gesetz vom 13. Mai 1807. Med. S. III. 253. und 337. ff.

4. Die zweite Form des Eigenthumserwerbes an Grundstücken ist die **Erbfolge**. Durch den Tod des bisherigen Eigenthümers geht das Eigenthum in und mit der Erbschaft auf die Erben desselben über, und es bedarf hier der kanzleiischen Fertigung nicht nothwendig. Zwar ist es wünschbar, dass auch in diesen Fällen von dem Erbgange Vormerk zu dem Notariatsprotokolle genommen werde, aber es wirkt doch die Erbfolge vor dieser Eintragung und abgesehen von dieser. Eine Annahme des Gegentheils würde zu der Absurdität führen, dass es in vielen Fällen während einer gewissen Zeit (die sich aber von Vater auf Sohn durch mehrere Generationen hindurch erstrecken kann), gar keinen Eigenthümer des hinterlassenen Grundstückes gäbe. Auch wenn mehrere Erben vorhanden sind, so fällt das Eigenthum auf sie als Erben. Vertheilen sie nachher die Erbschaft, so ist freilich immer wieder kanzleiische Fertigung nothwendig, denn es kommt dannzumal nicht bloss der Erwerb von dem Verstorbenen her, sondern eine Veräusserung unter Lebenden (den Erben) zur Sprache.

In der Regel wird diese zweite Form eine Universalsuccession sein, während der ersten in der Regel eine Singularsuccession zu Grunde liegt. Doch darf man nicht darin das unterscheidende Merkmal suchen; denn es lässt sich auch ein singulärer Uebergang von einem Verstorbenen auf einen Nachfolger denken, ohne dass kanzleiische Fertigung nothwendig würde. Ja es trägt überhaupt die alte ursprüngliche Erbfolge des deutschen Rechtes nicht den Charakter der Universalsuccession. Ganz ohne Bedenken gilt das Gesagte, z. B. von Familienfideicommissen; nicht ebenso aber bei gewöhnlichen Legaten, welche, wie wir in der Folge näher sehen werden, überall sich nicht eignen, einen directen Eigenthumsübergang zu bewirken.

5. Das römische Recht betrachtet bekanntlich das Grundstück mit dem unter demselben befindlichen Boden, den damit auf organische oder künstliche Weise dauernd verbundenen andern Sachen und dem darüber senkrecht sich



erhebenden Luftraume als Ein zusammen gehöriges Ganzes, das nothwendig in einem und demselben Eigenthum stehe. Diese Ansicht über Untheilbarkeit des Grundstücks und seiner Zubehörde ist nun aber in unserem Rechte keineswegs anerkannt. Zunächst gilt die Verbindung freilich auch hier als Regel. Eine Trennung aber ist nicht unmöglich. Es kann ein Schacht, der sich unter dem Grundstücke des A hindurch zieht, dem B eigenthümlich zugehören. Ein Baum, der in dem Garten des A steht und darin Wurzel geschlagen hat, kann dennoch dem B zustehen. Ein Haus das auf den Boden des A erbaut ist, kann im Eigenthum des B sein. Ja sogar ein Haus mit mehrern Stockwerken kann unter mehrere so zu Eigenthum vertheilt sein, dass das eine untere Gemach dem einen, ein anderes oberes dem andern zugehört: eine Ausscheidung, die gar nicht selten vorkommt besonders bei Theilungen unter Brüdern. Dabei darf man durchaus nicht an eine erweiterte Nutzniessung denken, sondern es ist wirklich volles Eigenthum mehrerer an Sachen vorhanden, die, wenn sie auch in enger Verbindung mit einander stehen, dennoch als eigene Sachen für sich aufgefasst und frei veräussert und verpfändet werden können.

6. Der Eigenthümer des Grundstückes ist als solcher befugt, auf demselben zu bauen. Denn in dem Eigenthum ist die positive Befugniss mit seiner Sache nach Willkühr vorzunehmen, was dem Eigenthümer beliebt, als wesentlicher Bestandtheil enthalten. Es gibt daher überall kein von dem Eigenthume abgesondertes Baurecht des Eigenthümers, sondern es ist das Recht zu bauen nur eine einzelne in dem Eigenthum, welches alle denkbaren Herrschaftsrechte unausgeschieden in sich begreift, liegende Aeusserung des Eigenthums. So wenig der Eigenthümer ein eigenes Wegerecht an seinem Grundstücke oder ein eigenes Recht des Fruchtgenusses hat, so wenig hat er ein eigenes Baurecht.

Weil nun aber gerade durch diese Ausübung des Eigenthumes leicht der eine Eigenthümer mit dem andern, seinem

Nachbar, in Konflikt geräth, so verdient dieselbe einer besondern Beachtung. Unser Recht hält jeden, der auf seinem Grundstücke bauen will, an, durch ein Gespann von Stangen oder Latten zuvor die Umrisse des neuen oder erhöhten Gebäudes genau an Ort und Stelle zu bezeichnen, so dass Jedermann den Vorsatz des Eigenthümers zu bauen und die Form der beabsichtigten Baute wahrnehmen und allfällige Einsprachen dagegen erheben kann, in dem Sinne, dass der Nachbar oder wer sonst glaubt Einsprache machen zu können, dieses binnen einer Frist von vierzehn Tagen thue[55]).

Die Einsprache kann sich gründen *a)* darauf, dass das Eigenthum des Nachbarn durch die Baute verletzt werde, indem dieselbe durch Ueberragen in dem fremden Luftraum eingreife, oder indem auch ohne Ueberragen eine sonstige körperliche Einwirkung auf das nachbarliche Grundstück hervorgebracht werde, z. B. durch Anlegung einer Dachrinne, welche das Wasser auf den fremden Boden hinüber leite. Wenn nämlich jeder Eigenthümer zunächst auf seinem Boden vornehmen kann was er will, so ist der Eigenthümer als solcher hinwieder berechtigt, jede körperliche Einwirkung auf seine Sache zu hindern. Daraus folgt von selbst, dass der Eigenthümer A des Grundstückes M in seiner positiven Herrschaft in soweit beschränkt ist, als das Eigenthum des B an dem Grundstücke N in seiner negativen Bedeutung durch Ausübung jener positiven Herrschaft verletzt wird, indem der Gebrauch eines jeden Rech-

---

55) Baugespannsordnung vom 19. Juli 1727. Alte Sammlung IV. S. 32. Gesetz v. 27. Jenner 1835. Neue Sammlung III. S. 381. ff. Noch im siebzehnten Jahrhundert war das Spannen der Gebäude nicht vorgeschrieben. Wohl aber musste der Baulustige zum Voraus dem Bauherrn der Stadt oder den Vögten auf der Landschaft von seiner Absicht Kenntniss geben und sich mit ihnen und den Nachbarn verständigen. Konnten die Nachbarn nicht einig werden, so hatte die Obrigkeit ziemlich freie Hand, je nach individueller Ansicht die Baute zu gestatten oder zu untersagen. Ihre Thätigkeit war dabei weniger eine Rechtsprechende als vielmehr eine vorsorgliche und vormundschaftliche. St. M. 1646. 1664. 1674.

tes nur insofern ein rechtlicher und zulässiger ist, als nicht durch denselben das Recht eines andern verletzt wird.

b) Auf das Bestehen einer Dienstbarkeit des Grundstückes auf welchem gebaut wird, zu Gunsten des Nachbars.

c) Diese beiden Beschränkungen genügen nun aber nicht, um die Beziehungen der Nachbarn zu einander zu reguliren. Das ältere Gewohnheitsrecht erzeugte daher noch einige Beschränkungen, die denn freilich in der neusten Zeit im Interesse grösserer Freiheit des Eigenthumes zuerst durch die Praxis, dann noch mehr durch das Gesetz gemildert wurden. Steht auf dem nachbarlichen Grundstücke selbst ein Gebäude, so durfte demselben durch die neue Baute nicht in einem erheblichen Masse Sonne oder Heiterkeit entzogen werden. Sogar der Verlurst der Aussicht auf die Thurmuhr gab ein Recht zur Einsprache. Einem andern Grundstücke durfte durch Entzug des Sonnenlichtes kein namhafter landwirthschaftlicher Schaden zugefügt werden. Die letztere Bestimmung erhielt sich auch in dem neuern Gesetz [56]); da der Begriff eines solchen Schadens aber ein relativer ist, so konnte hier die Praxis der Gerichte denselben Grundsatz früher strenger, jetzt etwas laxer auffassen. Der Entzug des Sonnenlichtes und der Heiterkeit dagegen wurde in dem neuen Gesetze (§. 2.) dahin beschränkt, dass er nur dann zur Einsprache berechtige, wenn einzelne Räume zur Erfüllung ihrer Bestimmung ohne künstliche Mittel unbrauchbar oder der Werth des Gebäudes um wenigstens den zehnten Theil verringert würde. Und ist die Entfernung des zu errichtenden Gebäudes von dem nachbarlichen Grundstücke oder Gebäude grösser als die Höhe des erstern von der First auf die Erdoberfläche senkrecht gemessen, so findet überall kein Einsprachsrecht mehr Statt wegen Schattenwurf und Verfinsterung. (§. 4.) Ebenso wenig kommt gegenwärtig noch etwas an auf den Entzug der Aussicht auf die Thurmuhr. (§. 5.)

---

56) N. S. III. S. 381. §. 3.

d) Endlich kommen auch noch policeiliche Beschränkungen in Betracht, z. B. Feuersgefahr durch Errichtung einer Esse u. s. f.[57]).

7. Damit verwandt ist die Befugniss des Eigenthümers, Bäume zu pflanzen und ihre Beschränkungen. Wenn auch hier der Landesbrauch, Bäume und Grünhecken unmittelbar an die Gränze des Grundstückes zu pflanzen verbietet, so mag man darin zunächst nur eine Anwendung des Principes des Eigenthums erkennen, indem die durch das Wachsthum heraus getriebenen Aeste die Gränze überschreiten und in fremdes Eigenthum hinüberragen würden. Dieses zu verhindern ist aber der Nachbar eben desshalb berechtigt, weil darin ein Eingriff in sein Eigenthum liegt. Er kann daher nach geltendem Rechte Kappung der herüber ragenden Aeste oder Fällung der Bäume oder Beseitigung solcher Hecken verlangen[58]). Indessen hat hier wieder die Rücksicht auf Landwirthschaft gewisse Modificationen hervorgebracht. Eine übermässige Aengstlichkeit nämlich, mit welcher jeder überragende Zweig sogleich wieder gekappt würde, scheint sogar dem Sinne der spätern Zeit nicht zugesagt zu haben. Daher die Bestimmung zweier Herrschaftsrechte[59]), dass der Nachbar je im dritten Jahre Kappung der dannzumal überragenden und schädlichen Aeste und Zweige verlangen dürfe.

Eine ähnliche milde Auffassung der Nachbarverhältnisse, welche geneigt ist, statt rücksichtslos durchzugreifen, lieber Nutzen und Schaden billig zu theilen, zeigt sich in dem Rechte des Ueberfalles (Auris). Hangen dennoch

---

57) Einiges hieher Gehörige findet sich in dem Gesetz v. 19. Dec. 1834. N. S. III. S. 357. und v. 10. Febr. 1836. IV. 193.

58) In manchen schweizerischen Rechten finden sich ausführliche Bestimmungen über dies Mass der Entfernung für verschiedene Bäume. Vergl. Leu Eidgenöss. Stadt- und Landrecht II. S. 642 und 664. Mittermaier deutsches Privatrecht. Fünfte Aufl. §. 167. IV.

59) Knonaueramtsrecht von 1535. Art. 64. Pestal. I. S. 244. Regensperger Herrschaftsrecht von 1538. Art. 68 Pestal. I. S. 200. Vergl. auch Protok. des Amtsger. Zürich v. 11. Oct. 1828.

Zweige der Obstbäume und Fruchtstauden über, so gehören die auf das nachbarliche Grundstück fallenden Früchte dem Nachbar zu, und es ist der Eigenthümer des Baumes nicht berechtigt, diesen Gewinn jenem wieder zu entziehen. Es scheint dieses Recht überall in unserer Gegend gegolten zu haben.

Und noch jetzt erkennt das Gewohnheitsrecht des Knonaueramtes und des Bezirkes Horgen (vielleicht auch noch anderer Bezirke), den Anris als geltendes Recht an[59]). Ausführliche Bestimmungen darüber enthält das Elgger Herrschaftsrecht von 1535. Th. III. Art. 68.[60]). Steht der Baum im Felde, im Gegensatz zu Gärten oder Rebgeländen, so gehört nur der halbe Anris dem Nachbarn, im letztern Falle, so wie von wildem Obste, der ganze. Der Nachbar darf nicht schütteln. Will aber der Eigenthümer den Baum schütteln, so soll er dem Anriser (d. h. dem, der das Recht auf den Anris hat) zuvor davon Kenntniss geben.

§. 14. Eigenthum. B. An beweglichen Sachen.

1. Für bewegliche Sachen ist die Uebergabe des Besitzes die regelmässige und häufigste Form[61]), wie unter Lebenden Eigenthum übertragen wird. An herrenlosen Sachen wirkt wieder die Besitzesergreifung Eigenthum. Und die Sachen des verstorbenen Rechtssubjectes gehen in

---

59) Vergl. Leu Stadt- und Landrecht II. S. 645. Stadtrecht von Wesen. Art. 165: „Es sol Mengklich dem andern ein Anriss des obses geben. Namlich was böumen vff vndermarchen stand, da hört Jetwederm das Anriss, was vff das sin falt; wo aber böume vff eins eigenthumb gar stand, was Anrisses dann einem andern vff das sin fallt, das sol halbs demselbigen vnnd halbs dem so der boum hört, zugehören." Unt. Man. v. 1626 und 1628. Jak. Grimm in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny Eichhorn und Göschen III. S. 349.

60) Pestalutz I. S. 375.

61) Ueber diesen Gegensatz zwischen Liegenschaft und Fahrhabe ist auch zu vergleichen Erläuterung zum Winterthurer Stadtrecht von 1720. §. 4. Pestalutz I. S. 53.

und mit der Erbschaft auf den Erben über. Es unterscheidet sich hierin unser Recht nicht wesentlich von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes in Deutschland.

2. Die Lehre vom anvertrauten Gute hat sich nun auf deutscher Grundlage aber durch römische Einflüsse wirklich dahin ausgebildet, dass in allen Fällen das Eigenthum bei dem ursprünglichen Eigenthümer zurück bleibt, der redliche Besitzer der anvertrauten Sache aber nur gegen Wiedererstattung des dafür bezahlten Preises sie heraus geben muss. Der Eigenthümer kann sodann hinwieder den, welchem er vertraute, und welcher das Vertrauen missbrauchte, auf Ersatz dieser Auslagen belangen. Macht der Eigenthümer von seinem Ansprachsrechte auf die Sache keinen Gebrauch und hält er sich lediglich an den, dem er vertraut hat, so mag allerdings leicht aus seinem Benehmen eine Verzichtleistung auf die Sache selbst und ein Uebergang des Eigenthums auf den redlichen Besitzer geschlossen werden: eine Annahme, welche um so weniger ausbleiben kann, als sonst die Rechtsunsicherheit nicht beseitigt würde. Denn eine Ersitzung, die Hülfe gewährte, kennt unser Recht nicht.

Davon gibt es nun einige Ausnahmen, wo die Lehre vom anvertrauten Gute nicht zur Anwendung kommt, sondern die Eigenthumsklage volle und ungestörte Wirkung hat.

a) Wenn Stoffe Handwerkern zur Bearbeitung übergeben werden, so wird diess nicht als eine solche Aeusserung von Vertrauen betrachtet, dass der Anvertrauende nun sich gefallen lassen müsste, wie das Sprüchwort sagt, seinen Glauben da zu suchen, wo er ihn gelassen. Ebenso wenn der Fabrikherr seinen Arbeitern Stoffe zur Bearbeitung einhändigt. Dagegen wenn ein Handelsherr seinem Faktor Waaren oder andere Sachen anvertraut, so kann jener allerdings die von diesem veräusserten Sachen nur gegen Ersatz des Preises zurück erhalten[63].

---

63) St. L. R. Th. VI. §. 27. S. 92. Th. X. §. 53. 54. S. 160. Erk. v. 1727. Alte Sammlung Bd. II. S. 154. 155. erneuert 1749. S. 169

b) Die ganze Lehre beruht nunmehr darauf, dass wer sein Vertrauen auf einen Dritten setzte, die Folgen seines Irrthums oder seines Leichtsinnes zunächst selbst zu tragen habe, wenn nun Missbrauch von seinem Vertrauen gemacht wird. Diess setzt aber hinwieder voraus, dass das Vertrauen aus freiem Willen, nicht aus irgend einer zwingenden Nothwendigkeit hervorgegangen sei. Daraus folgt nun aber, dass sobald sich eine solche Nothwendigkeit ergibt, und wäre sie auch nur eine sittliche und nicht zugleich eine juristische, das Vertrauen für den Vertrauenden nicht jene gefährliche Wirkung haben kann. Man mag zwar dagegen einwenden, dass jede solche feinere Unterscheidung darum unzulässig sei, weil ursprünglich rein darauf gesehen worden, ob die Sache mit oder ohne Willen des Eigenthümers aus dessen Gewere gekommen sei[64]), nicht aber darauf, ob er gegenüber dritten Personen ein besonderes Vertrauen geäussert habe. Aber wenn auch für die ältere Zeit dieses zugegeben werden muss, so hat sich doch im Verlaufe der Zeit die Rechtsansicht verändert, und es ist die Art und Weise des Vertrauens in bedeutendem Masse mit zu einem Faktor der ganzen Lehre geworden. So ergibt sich diess theils aus den Sprüchwörtern: Trau schau wem; wo man seinen Glauben gelassen, soll man ihn wieder suchen theils aus manchen Modificationen, z. B. gerade der vorhin angeführten. Wir würden daher in folgendem Falle die Lehre unbedenklich ausschliessen und es ist diess auch wirklich schon in ähnlichen Fällen durch die Gerichte geschehen. Eine Wittwe, die aus erster Ehe Kinder hat, verheirathet sich von Neuem. Die Kinder aus erster Ehe haben von ihrem verstorbenen Vater her Eigenthum an Fahrhabe. Nun ist freilich keine rechtliche Nöthigung für die Kinder oder deren Vormund vorhanden, dem Stiefvater diese Fahrhabe

64) Vergl. oben Buch III. §. 19. S. 418.

anzuvertrauen. Aber da sie mit ihrer Mutter in seiner Haushaltung leben, so bringt es die Sitte mit sich, dass die Mobilien u. s. f. dem gemeinen Gebrauche überlassen werden. Veräussert oder verpfändet nun der Stiefvater Sachen, welche den Kindern gehören, so können diese dennoch ihr Eigenthum geltend machen und die Sachen ansprechen; und wenn sich der Dritte redliche Besitzer darauf beruft, dass er anvertrautes Gut an sich gebracht habe, somit nur gegen Ersatz der Unkosten dasselbe heraus zu geben schuldig sei, so erwiedern die Kinder mit Recht, es sei ihr Vertrauen nicht ein so freies gewesen, wie es erfordert werde, nur so bedenkliche Folgen daran zu knüpfen.

c) Damit hängt dann eine fernere Modification zusammen. War nämlich auf Seite der Eigenthümer ein ächtes Vertrauen vorhanden, als er die Sachen an einen andern übergab, und dieser veräusserte die anvertrauten Sachen, aber nicht weil er jenes Vertrauen missbrauchte, sondern indem er einem äussern Zwange nachgab (z. B. diese Sachen werden trotz seinem Widerspruche durch den Rechtstrieb gepfändet); so kann auch hier wieder der Eigenthümer die so veräusserte Sache frei ansprechen. Der Missbrauch seines falschen Vertrauens trifft eher ihn, als den unschuldigen dritten Erwerber; aber wenn kein Missbrauch seines Vertrauens vorhanden ist, sein Vertrauen somit auch nicht getäucht wird, so kann auch von keinen Folgen eines Missbrauches die Rede sein[65].

---

65) Vergl. Albrecht Gewere S. 92, wo zwei entgegengesetzte Ansichten der Stadtrechte über diesen Punkt angeführt werden. Monatschronik I. 481, wo der Grund, aus welchem in einem Specialfalle die Lehre von anvertrautem Gute nicht zur Anwendung kam, zu enge gefasst scheint. Vergl. übrigens unten §. 21, 3.

§. 15. Dienstbarkeiten (Servituten).

In dem Begriffe des Eigenthums liegt die unbeschränkte absolute Herrschaft einer Person über eine Sache. Diese Herrschaft kann sich somit auch in jeder beliebigen Richtung äussern, ohne dass diese einzelnen Richtungen ein eigenthümliches rechtliches Dasein haben. Sie sind alle zusammen eingeschlossen und vereinigt in dem Begriffe des Eigenthums als ihrer Quelle und blosse Aeusserung und Anwendung desselben.

Anders die Servituten. In diesen liegt zwar auch eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache, aber diese Herrschaft zeigt sich nur in einer einzelnen Richtung. Die Beschränkung gehört zu ihrem Wesen, sie bestehen nur insofern sie beschränkt sind. Daraus folgt von selbst, dass der Eigenthümer nicht auch zugleich das Recht der Dienstbarkeit haben könne auf seine Sache. Denn wenn er eine vollkommene Herrschaft über diese hat, so kann er nicht auch eine beschränkte Herrschaft haben. Es werden demnach die Servituten von dem Eigenthume absorbirt, sobald sie in demselben Berechtigten zusammen treffen.

Dagegen können dritte Personen allerdings dergleichen dinglichen Rechte auf eine fremde Sache haben. Durch Absonderung eines einzelnen dinglichen Rechtes aus dem Eigenthum entsteht erst die Dienstbarkeit zu Gunsten des Nichteigenthümers und beschränkt insoweit auch die Freiheit des Eigenthums. Nicht alle solchen aus dem Eigenthume ausgeschiedenen und demselben entgegen gestellten dinglichen Rechte heissen nun aber Dienstbarkeiten. Es werden unter diesem Ausdrucke nicht begriffen die Pfandrechte, deren Existenz keine eigene, sondern nur eine accessorische ist, indem sie dazu dienen, Sicherheit zu geben für ein anderes Recht, eine Forderung. Eben so wenig gehören hieher die Reallasten, die nicht so entstehen, dass ein einzelnes dingliches Recht aus dem Eigenthum abgelöst wird und diesem selbständig entgegen tritt,

sondern vielmehr so, dass der Besitzer einer Sache (eines Grundstücks) zu einer periodischen Leistung genöthigt wird, die nur darum einen dinglichen Charakter hat, weil sie unzertrennlich mit dem Besitze eines Grundstückes verbunden ist, nicht aber darum, weil das Eigenthum selbst innerlich durch sie beschränkt wird. Ferner sind auszuscheiden die sämmtlichen Gerechtigkeiten, welche als Ausfluss einer über das Privateigenthum sich ausdehnenden und dasselbe beschränkenden Landeshoheit zu betrachten sind, und so dem Begriffe der Regalität anheim fallen. Endlich sind einzelne dingliche Rechte abzusondern, welche von jeher im deutschen Rechte, wie früher im römischen die Emphyteuse und die Superficies, ihrer grossen Bedeutung oder ihres Zusammenhanges mit andern Rechtsinstituten wegen oder aus andern Ursachen eine besondere Ausbildung und Theorie empfangen haben. Hier lässt sich die Gränze kaum schon dem Begriffe nach festsetzen. Sie wird nur auf historischem Wege erkannt durch Beachtung der Rechtsansichten, die sich theils durch den Einfluss römischer Theorien, theils mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens ergaben.

In der ganzen Lehre von den Dienstbarkeiten hat auch bei uns das römische Recht auf die Behandlungsweise sehr eingewirkt. Jedoch müssen wir wieder auf mancherlei Abweichungen aufmerksam machen.

1. Das römische Recht setzt eine geschlossene Anzahl von sogenannten Personalservituten, welche einer Person als solcher gehören, den sogenannten Prädialservituten entgegen, welche einem Grundstücke auf ein anderes Grundstück zustehen, und innerhalb gewisser Gränzen in beliebigen neuen Formen enstehen können. Es scheint mir, dieser Unterschied lasse sich für unser Recht nicht festhalten, sondern müsse vielmehr durch einen andern ersetzt werden. Die Zahl der Servituten, welche einer Person zustehen, ist nämlich keineswegs abgeschlossen, noch müssen die Dienstbarkeiten, welche im römischen Rechte zu den Prädialservituten gehören, immer mit Nothwendig-

keit einem Grundstücke zudienen. Giebt man den freien Blick nur nicht gefangen unter die Theorie eines fremden Rechts, so wird man gewahr werden, dass im Leben eine Menge Anwendungen vorkommen von Dienstbarkeiten, die einer Person als solcher zustehen, ungeachtet sie nach römischem Rechte ihr nicht zustehen könnten. Einige Beispiele mögen zur Erläuterung und zugleich zum Beweise dienen. Eine Gemeinde erwirbt ein Wegerecht über das Grundstück des B. Auch wenn sie keine eigenen Grundstücke besitzt, so kann sie diess, und wenn sie solche besitzt, so will sie das Recht nicht für diese, sondern für ihre Gemeindsgenossen und sämmtlichen Einwohner, also für Personen. Es ist nicht abzusehen, warum sie daran durch die Theorie eines fremden Rechtes, welche den im Volke lebenden und im Verkehr sich äussernden Rechtsansichten widerspricht, gehemmt werden sollte. Ferner A verkauft sein Haus, welches für Betreibung eines bestimmten Berufes eingerichtet ist, an B. Da er aber Concurrenz zu vermeiden wünscht, so legt er dem Hause die Verpflichtung auf, dass sein künftiger Eigenthümer, so lange er lebe, diesen Beruf nicht darin treiben dürfe. Um sicher zu gehen, bestellt er ein dingliches, an seine Person geknüpftes Recht, der Art: ein Fall, der im Leben gar nicht selten vorkommt. Ferner C erwirbt für sich und seine Familie das Recht bei dem Brunnen des D jederzeit Wasser zu holen, oder in dem Waschhause des D für seinen Bedarf waschen zu lassen, und lässt sich dieses Recht dinglich zusichern. Er kann es, ungeachtet er überall kein Grundeigenthum besitzt.

Zur Anerkennung dieser Abweichung von den Principien des römischen Rechtes mag man um so leichter gelangen, wenn man erwägt, einmal, dass das deutsche Recht seiner ganzen historischen Entwicklung nach eine Menge viel eingreifenderer und gefährlicherer Belastungen des Eigenthumes zuliess, welche das erstere nie verstattet hätte, wie die Lehre von den Reallasten am besten zeigt, zweitens dass selbst das römische Recht bei seiner Theorie von den

Prädialservituten doch immer vorzugsweise auf das dienende Grundstück Bedacht nimmt, und das herrschende Grundstück nur in untergeordneter Weise zur Sprache bringt.

Müssen wir daher jene Unterscheidung aufgeben, so scheint dagegen eine neue ähnliche keineswegs entbehrlich. Die einen Dienstbarkeiten nämlich beziehen sich immer mit Nothwendigkeit auf ein dienendes Grundstück. Andere können sich zwar auch auf ein Grundstück aber eben so gut auf bewegliche Sachen beziehen. Wie die Römer ihre Prädialservituten vorzugsweise Servituten nannten, so können auch wir jene erstern Dienstbarkeiten (Servituten) im engern Sinne nennen. Sie haben sämmtlich einen eigenthümlichen Charakter: während die letztern, die gewöhnlich doch nur in den beiden Formen des Niessbrauches und Gebrauchsrechtes vorkommen, am besten mit ihren besondern Namen bezeichnet werden.

2. Die eigentlichen Dienstbarkeiten bestehen entweder darin, dass der Eigenthümer des dienenden Grundstücks verhindert wird etwas zu thun, was er als freier Eigenthümer thun dürfte, negative Servituten z. B., er darf nicht höher bauen, kein Fenster aus seiner Mauer brechen, keine Bäume pflanzen und dgl., oder darin, dass der Eigenthümer des dienenden Grundstücks etwas dulden muss, was er ohne die Servitut nicht dulden müsste, positive Servituten. Unter diesen zeichnen sich hinwieder diejenigen aus, die sich durch bleibende Anstalten und Vorrichtungen äussern, von denen, welche keiner solchen Einrichtung bedürfen. Zu jenen gehören z. B. das Recht der Brunnenleitung über fremde Grundstücke, das Recht auf einen Kanal zur Betreibung einer Mühle oder einer Maschine, das Recht einen Balken auf der Mauer des Nachbars ruhen zu lassen u. s. f.

Servituten, welche in einem Thun des Eigenthümers des dienenden Grundstücks beständen, verwirft das römische Recht. Es ist schon oft die Frage behandelt worden, ob nicht das deutsche Recht auch derlei Servituten zulassen könne. Insbesondere hat man für die Bejahung der Frage

angeführt, dass ja das deutsche Recht eine Menge von positiven Belastungen des Grundeigenthums namentlich durch Reallasten kenne und verstatte, und so hat man denn von dem Mehrern auf das Mindere schliessen wollen. Allein mit Unrecht. Denn hält man nur den Grundgedanken der Servituten als einzelner aus dem Eigenthume ausgeschiedener dinglicher Rechte fest, so muss man mit den Römern die Servituten, die in einem Thun bestehen sollten, für unmöglich halten, weil sie weder dem positiven, noch dem negativen Inhalte des Eigenthums entsprechen, weder jenen noch diesen beschränken würden. Und in die ganze Lehre käme ein solches Schwanken, eine solche Vermengung verschiedenartiger Begriffe, dass keiner von ihnen mehr unverfälscht zu erhalten wäre.

Wir gehen daher auch für unser Recht von dem Satze aus, dass keine Dienstbarkeit in einem Thun bestehen könne. Hier nun aber dürfen wir doch nicht stehen bleiben. Das römische Recht lässt doch selbst in Einem Falle ein Thun zu, nämlich bei der servitus oneris ferendi. Es kann diese Dienstbarkeit wirklich den Sinn haben, dass der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Mauer herstellen lassen muss, auf welcher die Balken des herrschenden Hauses ruhen sollen. Diesen nämlichen Gedanken, diese nämliche aber nur scheinbare Abweichung von dem obigen Principe dürfen wir auf jene einzelne Anwendung nicht beschränken. Die Abweichung ist nur eine scheinbare; denn der Hauptinhalt der Servitut ist auf ein Dulden (Tragung des Balkens) nicht auf ein Thun (Herstellung der Mauer) gerichtet; das Thun kommt nur insofern zur Sprache, als dasselbe der eigentlichen Servitut vorarbeitet, als es diese möglich macht oder dieselbe vermittelt. Auf ganz gleiche Weise kann auch, nach unserm und warum nicht überhaupt nach deutschem Rechte ein Wegerecht, mithin eine dem eigentlichen Gehalte nach positive wahre Servitut, mit der dinglichen Verabredung bestellt werden, dass dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Verpflichtung obliegt, den Weg auf seine Kosten zu unterhalten. Es kann diess nicht bloss geschehen

hen, es geschieht diess sehr häufig und gewiss nicht bloss in der Schweiz. Hier wird aber wieder die eigentliche Servitut vermittelt durch ein Thun des Belasteten: und insofern eben würden wir ganz allgemein auch das Thun mit in den Bereich der Servitutenlehre hinein ziehen, als dasselbe nicht selten den wahren Gehalt der Servitut bildet, sondern vielmehr dem eigentlichen Inhalte der Servitut lediglich vorarbeitet und denselben vermittelt.

3. Besonders mannigfaltig sind die Wegerechte des deutschen Rechtes; und es wäre wohl an der Zeit, auch diese eben so sorgfältigen Untersuchungen zu unterwerfen als den Wegerechten des römischen Rechtes (via, actus und iter) zu Theil geworden sind. Ich will hier nur einiger gedenken:

a) Fusswegrecht, gewöhnlich nicht auf einzelne Personen, sondern die sämmtlichen Bewohner eines Hauses oder eines Ortes, zuweilen sogar auf Jedermann ausgedehnt.

b) Braut- und Bahrwegrecht für feierliche Züge nach der Kirche, setzt schon eine gewisse Breite voraus.

c) Trift, Recht, Vieh über einen Weg zu treiben.

d) Fahrwegrecht in mannigfachen Abstufungen, für Schlitten nur während des Winters, für Leiterwagen, Lastwagen u. s. f.

e) Zelgweg im Zusammenhang mit der Dreifelderwirthschaft, welche während der Fruchtjahre nur ein beschränktes, dagegen im Brachjahre ein sehr ausgedehntes Fahrwegrecht den Eigenthümern der hintern Aecker über die vordern verstattete. Verbesserte Cultur hat bleibende und jederzeit offene Feldwege an ihre Stelle treten lassen.

f) Tretrecht. Der Eigenthümer des hintern Ackers darf beim Pflügen mit seinem Zugvieh auf den vordern dienenden Acker hinübertreten, um so seinen Acker bis auf die äusserste Grenze pflügen zu können.

g) Wende-Kehrrecht. Das Recht einen Wagen auf fremdem Boden umzuwenden.

h) Reckweg, Leitpfad an den Ufern öffentlicher Flüsse, um die Schiffe stromaufwärts ziehen zu dürfen.

Manche dieser Wegrechte sind nun freilich ursprünglich nicht in der Form von Servituten entstanden. Das ältere deutsche Recht pflegte für die Bedürfnisse der Landwirthschaft auf andere Weise zu sorgen. Die Verbindung der Markgenossen und die grundherrlichen Verhältnisse gaben die Mittel an die Hand, dieselben statt auf dem Wege des Einzelnwillens durch Servituten vielmehr in Form von Ordnungen durch allgemeinen Willen zu reguliren. Und so war von Rechtes wegen schon näher bestimmt, was die Nachbarn im römischen Staate durch Servituten, wo nicht etwa die alte Kunst der Agrimension durch Eintheilung des Bodens auch für sie gesorgt hatte, erzwecken mussten. Dahin gehören z. B. folgende Bestimmungen:

Offnung von Flaach v. 1537. Item. Es sol Ie ain vorder gut dem hinder wäg vnnd stäg geben, das Einer mit dem sinen dar vnnd dannen komen mag zu zimlichen ziten.

Regensperger Herrschaftsrecht v. 1538. Art. 40. Item es ist disses Ampts bruch, das eyner inn den Rechten Eewisen den nechsten wässeren mag durch eyns Nachpuren gut, was eyn spadten stich oder eyn pflugs fure bringen mag, vnnd das von Sanct verenen tag an, bis an Meyg Abennt. — Art. 41. Wellicher vff den annderen wasser grabt es syge mit furen ald Tolen der soll es im abnemmen, vnnd also ye eyner dem annderen abnemen, vnntz inn den Rechten Eeruns[66]).

4. Zur Bestellung der Servituten genügt der Vertrag des Berechtigten mit dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes. Kanzleiische Fertigung ist nicht nothwendig, wird aber doch oft angewendet, um dem Rechte grössere Sicherheit auf die Dauer zu verschaffen. Da der Vertrag indessen zugleich die regelmässige Form ist, persönliche

---

66) Pestalutz I. S. 192. Vergl. ferner Art. 66 und 67. Pest. S. 200. Knonaueramtsrecht Art. 59 und 60. Pest. I. S. 242 ff.

Rechte zu bestellen, so können hier leicht Zweifel über die Natur des bestellten Rechtes entstehen, ob es ein dingliches oder ein persönliches sei. Auch in dieser Rücksicht ist es daher zweckmässiger, sich der kanzleiischen Fertigung zu bedienen, einmal weil an sich schon aus derselben eher auf Dauerhaftigkeit des Rechtsverhältnisses, somit auf Dinglichkeit geschlossen werden kann, anderseits weil bei derselben die Parteien an einen rechtskundigen Mann, den Notar, gewiesen sind, der sie bei der Abfassung des Vertrages unterstützt und dadurch alle Zweifel heben kann.

5. Eine Erzeugung der Servituten durch erwerbende Verjährung ist unserm Rechte unbekannt. Es zeigen sich zwar einzelne Spuren von einer früheren Neigung, dem 10jährigen Gebrauche den Charakter einer Ersitzung zuzuschreiben. Aber es bildete sich doch kein festes Gewohnheitsrecht dieser Art aus, und in neuester Zeit wird von den Gerichten entschieden jede eigentliche Ersitzung ausgeschlossen,

Der Mangel einer solchen macht nun aber offenbar eine Ergänzung nothwendig. Denn eine Menge von Servituten bestehen überall, die nirgends in Protokollen eingetragen sind, und für die es unmöglich wäre, den Beweis ihrer Entstehung durch Urkunden oder Zeugen zu führen.

In dieser Beziehung müssen wir unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten von Servituten.

a) Negative. Wenn B lange Jahre nicht höher baute, so folgt daraus allein gewiss noch nicht, dass der Nachbar A ein dingliches Recht des Inhaltes besitze, dass B nicht höher bauen dürfe. Wenn nun aber B spannt und A, indem er sich darauf beruft, dass auf dem Hause des B die Dienstbarkeit des Nichthöherbauens hafte, Einsprache erhebt, wenn dannzumal B sich einfach beruhigt und ohne weiteren Vorbehalt von seinem Bauvorhaben absteht, so wird man nun schon sehr geneigt, aus diesem Benehmen des B auf eine Anerkennung der Servitut zu schliessen. Steht aber B von

der Baute ab, indem er zugleich gegen jede falsche Deutung sich sicher stellt und die Servitut bestreitet, so ist A zwar von da an im faktischen Besitze der Servitut, kann aber diesen Besitz durch lange Fortsetzung weder in ein Recht verwandeln noch daraus die Vermuthung eines Rechts herleiten.

b) Positive Servituten, die sich durch wiederholte Handlungen des Berechtigten äussern. Hier wirkt nun die Lehre vom unvordenklichen Besitze ergänzend. Die Grundidee derselben ist diese. Es soll nicht durch fortgesetzten Besitz ein vorher nicht vorhandenes Recht neu erzeugt werden, sondern vielmehr wenn ein Recht seit Menschengedenken ausgeübt wurde, so ist anzunehmen, es sei von Anfang an schon ein wirkliches Recht zu dieser Ausübung vorhanden gewesen. Es gründet sich diese Vermuthung darauf, dass die Menschen nicht geneigt sind, fortdauernd und ohne Unterbruch andern die Vornahme von Einwirkungen auf ihr Eigenthum zu verstatten, wenn diese andern dazu nicht berechtigt sind. Hält man aber den Satz fest, dass nur eine Vermuthung eines wirklich vorhandenen Rechts dadurch hergestellt werde, so folgt daraus, dass diese Vermuthung nur so lange wirken kann, als nicht eine andere Bedeutung der Ausübung jener Handlungen nachgewiesen oder auch nur in bedeutendem Masse wahrscheinlich gemacht wird. Denn wenn der Vermuthung Gewissheit oder eine andere Vermuthung von ähnlicher Stärke entgegen steht, so löst sie sich selber auf und verschwindet. Wo daher eine Urkunde darüber Aufschluss ertheilt, dass dem A nur bittweise und auf Zulassung hin verstattet sei, über das Grnndstück des B zu gehen, da kann sich A nicht mit Erfolg auf unvordenkliche Ausübung des Wegerechtes beziehen und daraus ein Wegerecht herleiten. Ebenso verhält es sich häufig mit dem Nachweise eines frühern entgegengesetzten Zustandes. Man hat schon oft die Theo-

rie aufgestellt: sobald nur überhaupt ein solcher erwiesen sei, so könne gar nicht mehr von Unvordenklichkeit des Besitzes geredet werden, denn diese schliesse ihrem Wesen nach jede Kenntniss eines Anfanges aus. Man hat sich zu dieser Theorie wohl nur dadurch verleiten lassen, dass man auf das Wort unvordenklich einen allzu grossen Nachdruck legte. Denn zu einer consequenten Durchführung derselben gelangen doch auch ihre Vertheidiger nicht, sonst würde fast alle Anwendung der Unvordenklichkeit aufhören. Denn steigt man nur erst einige Jahrhunderte oder Jahrtausende hinauf, so lässt sich fast immer nachweisen, dass die betreffende Servitut damals unmöglich gewesen sei. Nur so viel ist richtig, dass die Thatsache des Anfangs (nicht die Zeit desselben) unbekannt sein und zugleich in eine entferntere Zeit fallen müsse, seit welcher die Servitut ausgeübt wurde. Denn ist die Thatsache des Anfanges bekannt, so hat die Vermuthung keinen Raum mehr und jene muss über die Natur des Rechtsverhältnisses entscheiden; und fällt der Anfang in eine nahe Zeit, oder wurde die Ausübung der Servitut inzwischen gestört; so hat die Rechtsvermuthung zu schwache Stützen in diesen Erscheinungen, um bestehen zu können[67]).

c) Positive Servituten mit dauernden Anstalten verbunden. Hier wird in manchen Fällen die blosse Existenz der Anstalt einen zureichenden Beweis liefern für das Dasein einer Servitut. Je mehr durch eine solche Anstalt das dienende Grundstück betroffen wird, je eingreifender die damit verbundenen Vorrichtungen sind, desto geneigter wird man auch sein, jene Folgerung zu ziehn. Ueberdem kommt aber auch hier wieder die Lehre vom unvordenklichen Besitze ergän-

---

67) Die Theorie der Gerichte ist noch etwas schwankend, doch scheint sie sich immer mehr der im Texte aufgestellten Ansicht zu nähern. Vergl. besonders Mon. Cb. IX. 200. ff.

zend zu Hülfe. Gerade da ist es dann aber am auffallendsten, dass der blosse Beweis eines frühern veränderten Zustandes nicht an sich schon geeignet sei, die Unvordenklichkeit auszuschliessen, indem aus der Ansicht von Bauwerken und ähnlichen Vorkehrungen mit ziemlicher Sicherheit gezeigt werden kann, dass dieselben und zu welcher Zeit sie etwa zuerst errichtet worden.

§. 16. Reallasten.

1. Wir haben im ersten Theile dieses Werkes gelegentlich bemerkt und zum Theil auch weiter ausgeführt, wie während des Mittelalters die Güter aus verschiedenen Gründen mit einer Menge von dinglichen Lasten belegt wurden, welche den Besitzer oder Eigenthümer derselben zu regelmässigen Leistungen verpflichteten. Die dem Besitzer des Zinsgutes oder Erbes von dem echten Eigenthümer auferlegten Lasten änderten dann in der Folge grossentheils ihre Natur, insofern als das echte Eigenthum in ein Obereigenthum zusammenschrumpfte oder ganz unterging, und allmählig der Besitzer des Erbes als Eigenthümer betrachtet wurde. So kam es, dass viele ursprünglich zu Gunsten des Eigenthümers eingeführten Reallasten in der Folge zu Lasten wurden, welche auf dem (neuen) Eigenthümer hafteten und ihm den Genuss seines Eigenthums verkümmerten. Mit der Zeit wurde dann natürlich die ursprüngliche Gestaltung des Verhältnisses vergessen und die Last erschien um so drückender, je weniger sich die Leute erinnern konnten, dass ihr jetziges Eigenthum früher dem Zinsherrn zugehört hatte. Andere Reallasten sind selbst in ihrer Entstehungsweise — wie häufig die Zehnten — als Beschwerden zu betrachten, die dem Eigenthümer auferlegt oder von ihm übernommen worden waren. Verbesserte Feldwirthschaft hob die Uebelstände solcher ewiger Lasten noch greller hervor, und so zeigt sich denn schon frühe

eine veränderte Richtung mit Bezug auf dieses Rechtsinstitut. Das Mittelalter hatte die Reallasten hervorgebracht. Die neuere und neueste Zeit strebt, den Boden wieder davon zu befreien.

2. In der Regel wird nun der Verpflichtete der Eigenthümer des Grundstückes sein, von welchem die Reallast zu entrichten ist. Dannzumal ist es gleichgültig, wer der Berechtigte sei. Oder aber auch jetzt noch wird die Reallast von dem Besitzer dem Eigenthümer als solchem entrichtet. Im letztern Falle kann der Berechtigte zwar wohl den Bezug des Zinses oder der Leistung nicht aber das Recht auf diese selbst, abgesondert von seinem Eigenthum, veräussern.

Die Reallast ist so unzertrennlich mit dem Boden verbunden, dass dieser als der eigentliche Schuldner erscheint, und der Eigenthümer denselben nur repräsentirt. Das Grundstück haftet somit nicht etwa nur subsidiär als Hypothek für eine fremde Schuld, sondern es haftet unmittelbar für die eigene Schuld. Daher geht sie mit Nothwendigkeit auf jeden neuen Eigenthümer von selbst über, und wird der frühere Eigenthümer von fernerer Verpflichtung befreit. Doch kann sich auch jeder Eigenthümer durch Dereliction seines Eigenthums von allen Reallasten für die Zukunft los machen. Der Berechtigte kann nicht fordern, dass er auf dem Gute bleibe und dasselbe bebaue, indem der Verpflichtete jenem nicht persönlich verbunden ist, sondern nur insoweit haftet, als er Eigenthümer ist.

Wie aber verhält es sich mit den rückständigen Reallasten? Hat auch dafür der neue Erwerber des Grundstücks dem Berechtigten einzustehn, oder darf sich dieser nur an die Person des frühern Besitzers halten, unter welchem die Rückstände erwachsen sind? Bejaht man die erste Frage, so hält man den Charakter der Dinglichkeit der Last ganz fest; bejaht man die zweite, so verändert sich die Natur der Reallast und das Recht auf die einzelne fällig gewordene Leistung wird persönlich.

Unser Recht behandelt nicht alle Fälle der Reallasten

gleichmässig. Für Grundzinse ist als Regel anzunehmen, dass jeder neue Erwerber des pflichtigen Gutes auch die vier letzten rückständigen Zinse zu entrichten habe[68]), auf welche Annahme indessen die neue Vorstellung, dass das Grundstück als Unterpfand dafür hafte, eingewirkt hat. Bei den Frohnden dagegen, die ihrer Natur nach schon eine persönlichere Beziehung haben, weil sie eine Thätigkeit des Pflichtigen in Anspruch nehmen, wirkt dieses persönliche Element so, dass die fälligen Leistungen allerdings nur von dem gefordert werden können, der zur Zeit Besitzer des Grundstücks war, als die Arbeit von ihm begehrt wurde. Wie es mit den Zehnten sich verhalte, darüber mag man zweifeln. Doch wird der Fall äusserst selten vorkommen, weil die Natur dieser Reallast jährliche und regelmässige Leistungen mit sich bringt. Indessen wäre ich hier darum geneigt, die Zehnten in dieser Hinsicht den Frohnden gleich zu stellen, einmal weil die Zehnten ihrer Natur nach von dem wirklichen Jahresertrag zu nehmen sind, dessen Quote sie bilden, dann auch desshalb weil durch solchen Zuwachs die ohnehin schon schwere Leistung des Grundstücks auf eine unnatürliche Weise weiter belastet und die Rechte der auf dem Grundstücke versicherten Creditoren gefährdet würden.

3. Die Reallasten waren, insofern sie das Eigenthum belasteten, in der Regel auf ewige Dauer berechnet. Doch finden wir schon zu Anfang unserer Periode das Princip der Unablöslichkeit wenigstens für die Zukunft verworfen[69]), und für Naturalzinse eine Verwandlung in Geldzinse überall da angeordnet, wo ein neuer Erwerber das Recht auf den Zins mit Geld erkauft hat[70]). Erst zu

68 Vergl. Mandat v. 1633. St. L. R. Th. X. §. 31. 32. S. 151. V. §. 10. S. 60.

60) Mandat v. 1545.

70) Rathserk. v. 1529 im Gerichtsbuch v. 1553. Th. III. Vergl. oben B. III. §. 20. S. 424. St. L. R. Th. I. §. 8. S. 59. In Ulm wurde die Ablösbarkeit schon 1388 als Grundsatz aufgestellt. Jägers Ulm. S. 327.

Anfang der folgenden Periode aber wurden auch die alten bereits vorhandenen unablöslichen Reallasten allgemein für ablösbar erklärt.

§. 17. Pfandrechte. A. Historische Einleitung.

Die Geschichte des Pfandrechtes zeigt auf eine anschauliche Weise, dass selbst in den Ländern, wo das römische Recht sich die Autorität einer abgeschlossenen Gesetzgebung zu erwerben gewusst hat, der einheimische Rechtsstoff sich dennoch unaufhaltsam weiter fortbildet und sich in seiner Entwicklung nicht bannen lässt. Zugleich macht sie aber auch den innern Zusammenhang klar, in welchem die Vergangenheit mit der Gegenwart, die Rechtscultur des römischen Reiches und der neuern europäischen Staaten unter sich stehen.

Das ältere Recht der römischen Republik kannte nur ziemlich rohe Formen, wie einem Gläubiger an dem Vermögen seines Schuldners Sicherheit verschafft werden konnte für die künftige Bezahlung seiner Forderung. Entweder nämlich der Schuldner gab ihm geradezu ein einzelnes Vermögensstück zu Eigenthum und verpflichtete ihn nur, wenn er für die Forderung befriedigt sei, das Eigenthum zurückzustellen (Fiducia). Oder der Gläubiger erhielt eine Sache des Schuldners lediglich in seinen Besitz und fand darin wenigstens einige Beruhigung, dass ihm dieser Besitz ohne Bezahlung nicht entzogen werden konnte (Pignus). Die erstere Form diente mehr für unbewegliche, die letztere für bewegliche Sachen. Beide waren aber insofern noch sehr unbefriedigend, als die nämliche Sache immer nur Einem Gläubiger zur Fiducia oder zum Pignus gegeben werden konnte, und überdem die Fiducia die Rechte des Schuldners auf sein Grundstück gefährdete, das Pignus aber den faktischen Genuss und Gebrauch der beweglichen Sachen für die Zwischenzeit ihm entzog.

Aus einem ganz geringen Anfange entwickelte sich nun aber ein ganz anderes und schon in seiner ersten Anlage vollkommneres Recht. Dem Verpächter wurde nämlich verstattet, wenn der Pächter seinen Pachtzins nicht entrichtete, auf dessen Fahrhabe zu greifen, auf Fahrhabe, welche dieser jenem nicht hatte zu Pignus geben können, weil er ihrer zur Bewirthschaftung des Gutes bedurfte, mit welcher er jenen aber zuvor vertröstet hatte[71]). Hier war nun zuerst ein dingliches Recht gefunden, dessen ganze Bedeutung darin bestand, Sicherheit zu leisten für eine Forderung. Während die Fiducia nur in einer einzelnen Anwendung einen Bezug auf Pfandrecht hat und das Pignus ebenfalls nur eine Anwendung der Lehre vom Besitz ist, mit zufälliger pfandrechtlicher Beziehung, so ist dagegen das neue eigentliche Pfandrecht von Anfang an nichts anderes als Pfandrecht. Eben daher ist dasselbe auch nicht zu viel und nicht zu wenig. Es soll gar nichts anderes als Sicherheit gewähren für Forderungen, dieses aber im vollsten Masse und in möglichst freier Weise.

Die Anwendung dieses neu gefundenen eigentlichen Pfandrechtes erweiterte sich nun fortwährend im römischen Rechte. Die Fiducia wurde ganz verdrängt, das Pignus nahm ebenfalls den dinglichen Charakter an, und so gelangte das neue Princip zu alleiniger Herrschaft. Dennoch war es dem römischen Rechte nicht mehr vergönnt, dieses Institut zu seiner höchsten Ausbildung zu treiben.

Betrachten wir nun im Gegensatze dazu die Geschichte des deutschen Pfandrechtes. Das ältere deutsche Recht weiss auch noch nichts von einem rein dinglichen Pfandrechte im Sinne der römischen Hypothek. Wer Sicherheit haben will, muss die als Pfand dienende Sache selber in seiner Gewalt haben. Er muss sie fühlen, greifen, fahen können (daher Pfand), um sich daran zu halten. Das ist die ursprüngliche noch ganz sinnliche Auffassung.

---

71) Vergl. Ed. A Huschke Studien des römischen Rechts. Bd. I. Nro. IV.

Ist die Sache eine bewegliche, so wird ein Pfandrecht daran nur dann möglich, wenn der Gläubiger dieselbe in seiner Gewere hat, sei es nun, dass der Schuldner sie ihm in den Besitz übertragen, oder dass der Frohnbote dem säumigen Schuldner einzelne Sachen weggenommen und dem Gläubiger zu Pfand übergeben hatte, oder dass der Gläubiger selbst das Vieh, welches ihm zum Schaden in seine Gewere eingedrungen war, zu Pfand ergriffen und zurück behalten hatte. In allen Fällen hat er nun äussere Gewalt erworben. Er darf zwar die Sache nicht brauchen, sie gehört nicht ihm, sondern dem Schuldner, er darf sie aber bewahren zur Deckung seiner Forderung und am Ende sogar veräussern, wenn er nicht bezahlt wird. Hierin ist seine Gewere zu Pfandrecht schon vollkommener als das römische Pignus, indem jene nicht bloss für vorläufige Sicherheit sorgt, sondern auf Realisirung der Forderung in ordentlicher Form Bedacht nimmt.

Ein Pfandrecht an unbeweglichen Sachen konnte nur durch Auflassung bestellt werden. Hier ist nun die ältere Satzung von der neuern Satzung zu unterscheiden: jene wieder sinnliche, gewisser Massen handgreifliche Sicherheit verschaffend. Der Gläubiger, welchem ein Gut zu Satzung gegeben, versetzt war, wurde zwar nicht Eigenthümer wie bei der römischen Fiducia, aber die Gewere, welche er an dem Grundstücke erhielt, kam doch in ihren äusseren Erscheinungen und Wirkungen der Eigenthumsgewere sehr nahe. Der Gläubiger erhielt das Grundstück in seinen Besitz, benutzte dasselbe, bezog die Früchte und brauchte es nur gegen Rückerstattung der von ihm dem Schuldner gegebenen Geldsumme wieder abzutreten[72]. Wie nahe diese Satzung dem Eigenthum stand,

---

72) Albrecht Gewere §. 16, 17. Diese ältere Form des Pfandrechts wurde von dem Rathe zu Zürich, freilich nachdem die Verkehrsverhältnisse bereits eine gänzliche Umwandlung erlitten hatten, 1550 für ein wucherliches Geschäft erklärt: „Zuo dem, das niemands vnder den vnsren gelt vff gueter vsslyhen, vnd dieselben zuo iren handen nemmen, die bewerben vnd nützen bis inen ir gelt wider erlegt wirt. Sondern söllichs als ein beschwerd

und wie leicht sie in dieses überging, haben wir in ihrer Anwendung auf landesherrliche Rechte, auf Herrschaften gesehen. Mehrere Satzungen zu Gunsten der Stadt auf solche Hoheitsrechte wurden nicht mehr gelöst und verwandelten sich so in Eigenthum der Stadt.

Auch diese Form des Pfandrechtes war aber noch unbequem und starr. Der Schuldner, wenn er auch sein Eigenthum behielt, verlor doch die faktische Herrschaft und den Genuss. Einem Dritten konnte er dasselbe Grundstück nicht weiter zu Satzung geben, weil er es dem Satzungsgläubiger nicht entziehen konnte. Dieser hatte zwar Besitz und Genuss: aber nur mittelbar konnte er zur Rückerstattung seiner Forderung gelangen. Das Gut zu veräussern und sich bezahlt zu machen, dazu war er nicht berechtigt. Hier bot nun die Auflassung das Mittel dar, um das Pfandrecht auf eine höhere Stufe der Cultur zu erheben. Durch sie konnte eine Satzungsgewere erzeugt werden, welche sich nicht sinnlich durch wirklichen Besitz und Genuss darstellte, sondern lediglich als dingliches Recht den Zweck hatte, der Forderung Sicherheit zu gewähren. Auf ähnliche Weise wie bei dem Faustpfande musste nun aber auch auf Veräusserung der Grundstücke gedacht und diese angeordnet werden, wenn der Schuldner nicht zahlen konnte; denn durch diese Veräusserung machte sich die Sicherheit am wirksamsten geltend. Diese Satzung im neuern Sinne hat nun allerdings Aehnlichkeit mit der römischen Hypothek; und es ist nicht zu bestreiten, dass auf ihre Ausbildung das römische Recht auch einigen, wenn freilich lange nicht so bedeutenden Einfluss geübt hat, als man sich früher wohl dachte. Die Unterschiede sind aber noch immer gross genug und wesentlich. Diese Satzung wurde nämlich nicht auf Fahrhabe ausgedehnt, die Art und Form der Distraction des Pfandes blieb unrömisch und was die Hauptsache ist, die Entstehungsform derselben war

vnd treffenlicher nachtheil des gmeinen armen manns abgestellt vnd verbotten heissen vnd sin."

nicht die des blossen formlosen Vertrages, sondern der öffentlichen gerichtlichen Auflassung.

Von da aus nämlich erwuchs das Princip der Publicität, welches in Verbindung mit dem ebenfalls neueren Principe der Specialität dem neuern Pfandrechte eine ganz andere und erhöhte Richtung gab. Zwar hatte das römische Recht schon einen Unterschied zwischen öffentlichen und Privatpfandrechten und zwischen speciellen und generellen gekannt. Aber beide Unterscheidungen hatten nur eine sehr geringe Bedeutung, während sie nunmehr zu Grundsäulen der ganzen Lehre vom Pfandrechte geworden sind. Und wenn auch zumal im sechszehnten Jahrhundert die römische Theorie von den gelehrten deutschen Juristen mehr als billig hervorgezogen und in die ganze Lehre von Neuem Schwanken und Verwirrung hereingebracht wurde, so erwiesen sich doch die modernen Bedürfnisse des Verkehres zumächtig, um sich die nun einmal gefundenen Principien wieder entreissen zu lassen, und reifere Institute mit den Anfängen dazu zu vertauschen.

Wir mussten diesen allgemeinen historischen Ueberblik vorausgehen lassen, um den rechten Gesichtspunkt zu gewinnen für die Darstellung der einzelnen pfandrechtlichen Institute unsers Privatrechtes[73]).

§. 18. B. Pfandrecht an Liegenschaften (Satzung).

1. Wenn hier von dem Pfandrechte an Liegenschaften die Rede ist oder der Satzung im neuern Sinne, so müssen wir den Ausdruck Liegenschaft in seiner natürlichen Bedeutung auffassen. Zwar erörtert unser Gesetz[74]) den Unterschied zwischen liegendem und fahrendem Gute im Zusammenhange mit der Bestellung der Pfandrechte und zählt

73) Wir haben über diese Materie ein eigenes Buch: Das Pfandrecht und der Pfand- oder Betreibungs-Process nach den Gesetzen und der Uebung des Cantons Zürich, von Gottfried v. Meiss. Zürich 1812.

74) St. L. R. Th. V. §. 6. 7. S. 58, 59.

dann zum liegenden Gute unter anderm auch alle Forderungen und Kaufmanns- und Krämer-Waaren[75]). Allein die Darstellung dieses Unterschiedes ist offenbar nur aus Gedankenlosigkeit der Redaction an diese Stelle gelangt, und hatte in ihrer ursprünglichen Gestalt eine ganz andere Beziehung, nämlich die auf erbrechtliche Verhältnisse insbesondere wohl das Recht der Ehefrau auf ihren Drittheil. Die Praxis liess sich durch diese irrige Darstellung des Stadtrechtes nie irre machen.

2. Nothwendige Form für Bestellung dieses Pfandrechtes ist ursprünglich gerichtliche, in der Folge dann kanzleiische Fertigung. Erst durch Eintragung in die Notariatsbücher entsteht das Pfandrecht als ein dingliches Recht. Hier bewährt sich nun die Einführung der Hypothekenbücher am besten, indem man durch sie jederzeit genaue Auskunft erhält über das Vorhandensein und den Umfang von Pfandrechten, die auf einer Liegenschaft haften. In der Regel wird es übrigens bei der Eintragung der Verpfändung in das Notariatsprotokoll nicht stehen bleiben, sondern eine eigene Schuld- und Verpfändungsurknnde mit öffentlichem Siegel ausgefertigt und dem Gläubiger zugestellt werden. Dann erst entsteht ein sogenannter Schuldbrief, wovon wir im Verfolge ausführlicher zu reden haben werden. Ja es hat sogar die Unterlassung der Ausfertigung eines Schuldbriefs für den Pfandgläubiger bedenkliche Folgen, indem die Forderung mit bloss protocollirtem Pfandrechte, wenn binnen zwei Jahren weder ein Schuldbrief gefertigt, noch die Schuld neuern Schuldbriefen vorgestellt wird, ihr Pfandrecht verliert und in die Reihe der unversicherten Forderungen herabsinkt[76]).

3) Die Stadtbürger haben wieder das Privilegium, auf ihren Grundstücken auch ohne kanzleiische Fertigung

75) Der Entwurf des Stadtrechtes ist noch weit weniger von der Wahrheit entfernt, als dieses.

76) St. L. R. Th. X. §. 42. S. 156.

Pfandrechte zu bestellen, indem sie als ihre eigene Kanzlei angesehen werden[77]). Durch ein neueres Gesetz wurde aber auch für die Stadt eine eigene Notariatskanzlei errichtet, und den in das Hypothekenbuch eingetragenen Pfandrechten ein unbedingtes Vorrecht vor allen privata manu ausgestellten ertheilt[78]). Dadurch verloren die letztern fast allen Credit und kommen nunmehr faktisch nur in seltenen Fällen noch vor.

4. Dieses Pfandrecht wird nach älterem Rechte durch gerichtliche Distraction, nach neuerem nur auf dem Wege des Concurses des Schuldners realisirt[79])

5. Das Pfandrecht erlöscht in derselben Form, wie es entstanden, nämlich durch Vormerk und Entkräftung im Notariatsprotokolle, und zwar insofern ein Schuldbrief ausgefertigt wurde, nur in dieser Form. Es scheint dieser Satz zwar im Widerspruch mit der Natur des Pfandrechtes als eines accessorischen Rechtes, und man sollte meinen, wenn die Forderung, für welche das Grundstück zu Pfande dient, auf andere Weise z. B., durch Zahlung getilgt werde, so gehe auch das Pfandrecht mit unter. Allein eben das ist die eigenthümliche Natur dieser Pfandverschreibungen, dass hinwieder die Forderung von dem Pfandrecht so afficirt wird, dass auch sie nicht untergehen kann ohne notarialische Entkräftung[80]). Das Nähere wird sich in der Lehre von den Schuldbriefen ergeben.

---

77) St. L. S. Th. V. §. 2. S. 57.

78) Gesetz vom 13. Mai 1807. M. S. III. S. 253. ff. 337. ff. Man kann dieses Gesetz als Wiederherstellung des ältern Rechtes ansehen; denn schon 1683. (St. Man., März 29. und 31.) wurden die auf der Stadtkanzlei eingetragenen Verpfändungen ältern Privatverpfändungen der Bürger vorgezogen, und 1684. (St. Man., Mai 7.) fiel es in Berathung, ob nicht hinkünftig auch die „Bauersame" berechtigt sein solle, ohne Vermittlung der Beamteten gültige Pfandverschreibungen zu errichten.

79) St. L. R. Th. III. §. 4. ff. S. 31.

80) St. L. R. Th. V. §. 28—37. S. 70. ff.

§. 19. C. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

1. Die ältere alleinige Form des Faustpfandes, womit nun immer ein dingliches Recht verbunden ist, erhielt sich. Dazu kam denn eine zweite Form der Bestellung ohne Uebergabe des Besitzes durch Eintragung in das Pfandbuch.

2. Zur Bestellung des Faustpfandes genügt der formlose Vertrag, verbunden mit Uebergabe des Besitzes an den Gläubiger oder einen Dritten zu dessen Handen. Das Stadt- und Landrecht empfiehlt zwar dem Creditor, sich von dem Debitor einen Schein ausstellen zu lassen, worin Forderung und Pfand näher bezeichnet ist, und dem Debitor, hinwieder vom Creditor einen Empfangschein für die Pfänder zu verlangen. Und in der That ist dieser Rath des Gesetzes heilsam, indem dessen Befolgung beiden Theilen ihre Beweise sichert. Aber mit Unrecht hat man darin mehr erkennen wollen, nämlich eine Form der Bestellung des Faustpfandes selbst. Dieses ist auch ohne Beachtung jener Vorsicht dennoch gültig[81]).

3. Nach römischem Recht lässt sich auch dann ein Faustpfand denken, wenn der Schuldner die Sache zwar faktisch inne hat, aber so, dass er den fremden Besitz des Gläubigers nur verwaltet. Z. B. der Schuldner miethet die dem Gläubiger übergebenen Sachen[82]). Ich glaube nicht, dass derselbe auch für unser Recht zugegeben werden könnte. Es beruht nämlich jener Satz auf einer feinen Unterscheidung des römischen Rechts zwischen detentio und possessio und ihrer Bedeutung für dieses Recht. Für uns ist der ganze Unterschied dagegen nur von geringem Interesse, und wenn auf Seite des Faustpfandgläubigers Besitz

81) St. L. R. Th. V. §. 21. S. 67. §. 26. S. 69. v. Meiss in der Mon. Chr. III. S. 1. ff. Vergl. Mon. Chr. I. S. 325. III. S. 47.

82) L. 37. de pign. actione. L. 37. de adquir. vel amitt. poss. S. v. Savigny, Lehre vom Besitz. §. 24. II. B.

gefordert wird, so liegt vor allem aus darin, dass die Sache der Herrschaft des Schuldners entzogen sei. Ist sie dem Schuldner in irgend einer Weise wieder anvertraut, so hört diejenige Sicherheit für den Gläubiger auf, die in dem Faustpfande liegen sollte. In den meisten Fällen würde sogar der Debitor die Sache als anvertrautes Gut gültig veräussern und dem Creditor bliebe das Nachsehen. Daher müssen wir den Besitz in der Person des Gläubigers materieller und realer verstehen, als ihn das römische Recht auffasst. Es muss die faktische Herrschaft haben und der Schuldner ihrer entbehren[83]). Freilich können auch da einzelne Fälle vorkommen, die auf der Gränze liegen. Z. B. B gibt dem A eine Anzahl Fahrhabestücke zu Pfand, so dass er dieselben in seinem (des B) Kasten verschliesst und den Schlüssel an A übergibt. Hier nehme ich noch ein Faustpfand an, insofern B nicht einen zweiten Schlüssel besitzt, mit dem er ebenfalls nach Belieben öffnen kann, weil die faktische Gewalt in jenem Falle doch dem B entzogen und dem A übergeben ist.

4. Der Begriff des Faustpfandes wird auch oft auf Forderungen ausgedehnt, lässt sich aber nur auf solche anwenden, welche durch Schuldurkunden vollständig repräsentirt werden, indem der Besitz eines realen Objectes, einer Sache, bedarf, an die er sich hält[84]).

5. Erwirbt der Gläubiger nicht den Besitz an der verpfändeten Sache, so bedarf es auch für bewegliche Sachen immer einer amtlichen Dazwischenkunft und einer öffentlichen Eintragung in ein Pfandbuch, um ein Pfandrecht zu bestellen. In älterer Zeit wichen zwar die verschiedenen Landesgewohnheiten unter sich ab. In der Regel geschah die Anzeige der Verpfändung bei den Untervögten,

83) Vergl. St. L. R. Th. V. §. 21. S. 67.

84) Sonderbarer Weise werden bei uns im gewöhnlichen Leben solche Faustpfänder an Schuldbriefen, Hypotheken genannt. So wenig weiss man, dass der Name Hypothek gerade im Gegensatz der Faustpfänder aufgekommen ist.

zuweilen aber auch bei den Landschreibern und nicht immer wurde das Pfandbuch ordentlich geführt. Das Princip war aber einmal gefunden, dass die Bestelluug von solchen Pfandrechten möglich zugleich aber mit Nothwendigkeit an ein öffentliches Buch geknüpft sei. Dasselbe wird schon 1491. deutlich ausgesprochen:

> Verpfändungen und Einsazungen vor offnen Rechten oder an eines Amtmans der Gerichten Hand beschehen, sollen Krafft haben: wo aber die nit also beschehen, und dann solliche pfand von andern rechtlich bezogen werden, dieselben sollen daran habend seyn, ungeachtet söllicher verpfändung[85].

Was in der Ausführung fehlte, konnte leicht in der Folge verbessert werden. Neuere Verordnungen machten die Führung des Pfandbuchs den Gemeindammännern zur Pflicht und die Eintragung in dasselbe überdiess von der Genehmigung des Bezirksgerichtspräsidenten abhängig[86].

6) Ein wesentliches Requisit dieses Pfandrechtes ist dessen Specialität. Bei den Liegenschaften und den Faustpfändern tritt sie zwar ebenfalls hervor. Aber bei beiden macht sie keine besondern Schwierigkeiten; dort nicht, weil die Grundstücke als Theil des Bodens keiner realen Versetzung oder Umtausches fähig und durch Bezeichnung ihrer Lage leicht sicher gestellt werden können; hier nicht, weil die Absonderung von den übrigen Sachen des Schuldners und Uebergabe in den Besitz des Creditors eine Verwechslung erschwert. Wenn dagegen der Schuldner einzelne Sachen bloss durch die Eintragung in das Pfandbuch dem Gläubiger verpfändet, so finden sich hier gewöhnlich eine Menge verschiedenartiger Gegenstände, die leicht mit andern ähnlichen vertauscht oder vermengt werden können. Daher ist ihre Bezeichnung, so dass ihre Erkennbarkeit festgestellt wird, schwierig. Sie ist aber nothwendig,

85) St. Man. 1491. II. p. 94.

86) St. L. R. Th. V. §. 22—24. S. 67. ff. Verordnung v. 16. Juli 1805. M. S. III. S. 108. ff. v. 4. Nov. 1824. R. S. III. 190.

denn diess Pfandrecht wirkt nur insofern es sich auf eine specielle, d. h. individuel erkennbare Sache bezieht. Wenn nämlich schon unser Recht daneben noch generelle Pfandrechte kennt, so haben diese doch eine andere Form und andere Wirkungen.

Damit daher ein gültiges Pfandrecht entstehe, müssen alle einzelnen zu verpfändenden Sachen genau verzeichnet und so beschrieben werden, dass man dieselben in dem Vermögen des Schuldners mit Sicherheit wieder erkennt. Wenn das Gesetz Angabe des Stoffes, Masses, Gewichtes[87]) u. s. f. der einzelnen Stücke verlangt, so darf man diese Bestimmung nicht zu wörtlich fassen. Wohl aber folgt daraus allerdings, dass die Bezeichnung eine ins Einzelne gehende individuelle sein soll. Auch diess hat aber immer einen relativen Sinn. Es wird z. B. leichter sein, die Stockuhr eines gewöhnlichen Schuldners so zu bezeichnen, dass kein Zweifel über den Gegenstand mehr Statt findet, als eine Uhr in dem Laden eines Uhrhändlers. Bei der Verpfändung einer Bibliothek wird es in der Regel genügen, den Catalog beizulegen. Würde dagegen das Lager eines Verlegers verpfändet, so könnte die blosse Angabe der Verlagswerke keineswegs zureichen.

7. Gegenstand eines Pfandrechtes sind zunächst alle beweglichen Sachen. Es kann dasselbe aber auch auf Forderungen jeder Art ausgedehnt werden, nicht bloss, wie das Faustpfand auf solche, für die eine Urkunde als Stellvertreter dient. Ueberdem müssen die sogenannten Blumenscheine hieher gezogen werden. So werden nämlich die Verpfändungen der stehenden Früchte an dem Halm, den Reben u. s. f. genannt.

Diess Pfandrecht hat insofern bewegliche Sachen zu seinem Objecte als es erst nach Einsammlung der Früchte realisirt werden kann, unterscheidet sich aber wieder von andern Pfandrechten durch die Beschränkung seiner Dauer.

87) St. L. R. Th. V. §. 22. S. 67.

Es muss nämlich das Recht sogleich nach der Einsammlung, sobald die Früchte verkäuflich sind, geltend gemacht werden, widrigenfalls es von selbst erlischt[88]).

8. Der Pfandschuldner darf die verpfändete Sache nicht veräussern[89]). Darin weicht unser Recht wieder bedeutend von dem Römischen ab und hält sogar eine Veräusserung dieser Art für ein Vergehen.

Der Grund der Abweichung ist darin zu suchen, dass durch den Vollzug der Veräusserung das Pfandrecht selbst erlöscht. Aber wie erklärt sich diese Wirkung der Veräusserung? Sie scheint im Widerspruch mit der Dinglichkeit des Pfandrechts, welche sich ja gerade darin zeigen sollte, dass das Pfandrecht der Sache nachfolgt, in wessen Hände sie immer komme. Und in der That hat in dieser Anwendung der Charakter der Dinglichkeit einem andern Principe weichen müssen. Es erklärt sich die Sache historisch so, dass ursprünglich das Faustpfand für bewegliche Sachen die einzige Form des Pfandes war, später aber man ein Pfandrecht zuliess, wobei man dem Schuldner den Besitz des Pfandes anvertraute und sich die Sache nur verschreiben liess. Es ist somit das pfandbüchliche Pfandrecht zum Theil aus dem Faustpfande hervor gegangen, zum Theil demselben entgegen gesetzt worden. Gegenüber dem Schuldner aber war es anvertrautes Gut, und so ging das Pfandrecht, wenn dieser das Vertrauen missbrauchte, unter, und der Pfandgläubiger konnte sich zunächst nur an den Schuldner halten, dem er vertraut hatte[90]).

9. Die speciellen Pfandrechte auf bewegliche Sachen

---

88) Erk. v. 1592. im Gerichtsbuch und in der Auffallsordnung für die Grafschaft Kyburg v. 1660. bei v. Meiss Pfandrecht S. 258. St. L. R. Th. V. §. 23. S. 68. und v. 1671. U. Man. v. 30. Oct. Vergl. v. Meiss a. a. O. S. XXVIII.

89) Vergl. Herrschaftsrecht v. Elgg von 1535. Art. 46. Pest. I. S. 323.

90) St. L. R. Th V. §. 22.: Würde aber der Schuldansprecher sich mit einer pfandbaren Obligation vergnügen lassen und die Pfande dem Schuldner selbst ferners anvertrauen wollen."

werden auch ohne Concurs durch öffentliche Versteigerung realisirt, welche nach vorher eingeholter Genehmigung des Richters, wie sich das St. L. R., des Gerichtspräsidenten, wie spätere Gesetze sich ausdrücken, vorzunehmen ist[91]).

§. 20. D. Generelles Pfandrecht.

1. Neben diesen speciellen Pfandrechten sind nun allerdings noch generelle möglich, aber dem Principe der Specialität gemäss, welches unser Pfandrecht durchdringt, treten sie vor den speciellen zurück. Wenn sich nämlich das Pfandrecht nicht auf eine Species, sondern auf eine ganze Klasse von Gegenständen, z. B. alle Handelsartikel des Schuldners oder auf ein ganzes Vermögen oder eine Quote desselben oder sonst ein Genus bezieht, so hat dasselbe immer nur die Meinung, dass im Concurse des Schuldners dem Gläubiger ein Vorrecht vor den laufenden Creditoren auf die dannzumal vorhandenen zu jenem Genus gehörigen Gegenstände oder Rechte zustehe. Haften auf den nämlichen Stücken specielle Pfandrechte, so gehen diese dem generellen unbedingt vor, eben so noch mehrere privilegirte Forderungen[92]).

2. Die Form der Eingehung war früher schon gewöhnlich die kanzleiische Fertigung. Später ist sie, mit einziger Ausnahme der in der Stadt und den dazu kirchgenössigen Gemeinden wohnenden Stadtbürger, als nothwendige Form gesetzlich angeordnet worden[93]). Diese können

---

91) St. L. R. Th. V. §. 39. S. 75. M. S. III. S. 112. Rechtstriebgesetz v. 28. Juni 1832. §. 26. 12 13. N. S. II. S. 87. und 82.

92) Gerichtsb. v. 1553. Th. VI. St. Man. v. 4. Nov. 1669. « Dass diejenigen Handschriften, welliche einssen Haab und gut in genere vnd ohne specification zum vnderpfand ernamssend vnd begryffend, in Fallimenten vnd vffählen den Lauffenden schulden vnd wexel gelteren vorgahn vnd vor denselben bezalt werden." St. L. R. Th. X. §. 43. S. 157.

93) Gesetz v. 14. Dec. 1810. R. S. I. S. 372.

wieder mit eigener Hand wirksame Generalobligationen errichten, müssen sie dann aber doch wenigstens versiegelt der Notariatskanzlei eingeben, welche die Urkunde aufbewahrt. Indessen stehen solche Verschreibungen den kanzleiisch ausgefertigten immer nach[94]).

3. Diese generellen Verpfändungen werden einzig im Concurse realisirt. In der Zwischenzeit mag der Pfandschuldner frei über die in dem allgemeinen Ausdrucke der Verschreibung begriffenen Sachen verfügen. Es haftet denn alles zur Zeit des Concurses dahin Gehörige noch Vorhandene, insoweit auch dieses nicht etwa durch specielle Pfandrechte, ältere oder jüngere zu Gunsten anderer Gläubiger verhaftet ist. Insofern kann sich möglicher Weise das generelle Pfandrecht auch auf Liegenschaften erstrecken.

Unter sich geht dann wieder das ältere dem jüngern vor und zwar nach dem Datum der Ausfertigung[95]), worunter indess nicht die eigentliche Ausfertigung der Schuldurkunde, sondern die Eintragung in die Notariatsbücher, die Fertigung zu verstehen ist. Denn diese ist immer die entscheidende Handlung, jene dagegen zufälliger Verzögerung ausgesetzt. Desshalb wird auch durchgängig die erstere in ihrem Datum auf letztere bezogen. Die ganze Wirksamkeit der Generalobligationen ist nun aber überdem daran gebunden, dass der Schuldner nicht binnen sechs Wochen von dem Zeitpunkte der Eintragung an gerechnet, mit dem hohen Rechtstriebe belangt werde oder in Concurs gerathe, eine Beschränkung ihrer Gültigkeit, welche sich daraus erklärt, dass der Schuldner verhindert werden soll, im Vorgefühl des nahenden Concurses einzelnen Gläubigern noch vor den andern Privilegien zu ertheilen[96]).

---

94) Gesetz v. 21. Juni 1817. R. S. II. S. 6. Vergl. die wunderliche Instruktion v. 21. Oct. 1817. R. S. II. S. 139.

95) R. S. I. 373. §. 3. Vergl. mit §. 2.

96) Für die heimlichen Generalobligationen der Stadtbürger gilt die doppelte Frist von 12 Wochen.

§. 21. E. Pfandrecht durch Rechtstrieb.

1. Früher war die Rede von Pfandrechten, welche auf Vertrag zwischen Creditor und Debitor beruhten. Es können nun aber auch Pfandrechte ohne und oft gegen den Willen des Schuldners bestellt werden. Das geschieht durch Pfändung auf dem Wege des Rechtstriebes.

Schon frühe finden wir in unserem Rechte das Princip anerkannt, dass der Creditor, wenn er für seine Forderung nicht befriedigt wird, zunächst auf das Vermögen des Schuldners greifen dürfe. In diesem Sinne wird ganz allgemein ein Pfändungsrecht zu Gunsten des Gläubigers anerkannt. In der Form der Pfändung, in den näheren Erforderissen derselben und in der Realisirung derselben herrscht nun aber unter den Statuten grosse Verschiedenheit, so dass es schwer hält, die allgemeinen Gesichtspunkte heraus zu finden.

Immer setzt die Pfändung voraus eine „gichtige Schuld." In der Regel nämlich geht derselben eine Aufforderung an den Schuldner vorher, Zahlung zu leisten. Nur in seltenen Fällen konnte die Mahnung und die Pfändung der Zeit nach zusammen treffen[97]). Erhob dann der zur Zahlung aufgeforderte Schuldner keine Einsprache, bestritt er die Schuld nicht, so wurde die Schuld für eine gichtige gehalten und nach einer gewissen Frist erfolgte die Pfändung. Erst die neuere Rechtsentwicklung wies den Schuldner an, wenn er die Forderung nicht anerkenne, sondern Recht vorschlagen wolle, sich an den Gerichtspräsidenten zu wenden und diesen um einen Rechtsvorschlag zu bitten[98]); ein Unterschied zwischen älterm und

97) Z. B. Herrschaftsrecht v. Andelfingen v. 1534. Art. 14. (Pest. II. S. 58). Regenspergerherrschaftsrecht v. 1538. (Pest. I. S. 196.): „Wenn eyner sin lidlon inziechen will vnnd die parthygen eynannder gichtig sind, mag eyner am abennd pfennden vnnd am Morgen pfannd verkouffen."

98) Verordnung v. 1546. im Gerichtsbuch. Rechtstriebgesetz v. 17. Dec. 1803. §. 9. M. S. I. S. 199., vom 28. Juni 1832. §. 30. N. S. II. S. 91.

neuerm Rechte von den grössten praktischen Wirkungen. Denn es hängt jetzt nicht mehr einfach von dem Willen des Schuldners ab, den Rechtstrieb und dessen Folgen vorläufig zu hemmen, sondern es bedarf hierzu der Mitwirkung eines Magistrats, der auch nur nach vorläufiger Prüfung des Falls die Betreibung durch Rechtsvorschlag suspendirt. Freilich wird er vernünftiger Weise diesen nie versagen, sobald er die Frage der Liquidität der Forderung auch nur für einigermassen zweifelhaft hält.

Die Aufforderung zum Zahlen, welche möglicher Weise Pfändung zur Folge hat (Anlegung der Rechtsbote), geschah in den Städten schon sehr frühe unter amtlicher Mitwirkung. Auf der Landschaft wurden die Rechtsbote in manchen Gegenden unmittelbar durch die Gläubiger angelegt. Das Stadt- und Landrecht aber machte das Erforderniss des Zuzugs von Beamten allgemein[99]).

2. Ebenso geschah die Pfändung selbst in der Folge[100]) immer durch die Beamtung, ursprünglich immer so, dass die Pfänder ausgetragen und in amtliche Verwahrung genommen wurden[101]), in der neuern Zeit durch Eintragung in das Pfandbuch, welcher dann, wenn der Gläubiger es begehrte, die Wegnahme und Verwahrung der Pfänder folgen konnte[102]). Auch die Zeitfrist, nach deren Ablauf

---

99) Oben Buch II. §. 33. S. 294. Herrschaftsrecht von Elgg v. 1535. II. 44. (Pest. I. S. 319.) Knonaueramtsrecht v. 1535. Art. 41. (Pest. I. S. 234.) Regensperger Herrschaftsrecht v. 1538. Art. 55. 56. (Pest. I. S. 196. 197.) St. L. R. Th. II. §. 6. 9—12. S. 32. 34. Th. X. §. 8. S. 125. §. 11. ff. S. 127. ff.

100) Wie weit früher das Selbstpfändungsrecht ging, mag folgende Stelle zeigen. Herrschaftsrecht v. Andelfingen v. 1534. Art. 17. Der Küh- oder Säuhirt darf, um den Hirtenlohn einzutreiben: „eym inn syn stal gan vnnd ime Küg ald Süw daruss nemmen vnnd sy an eyn zun bynnden, vnntz er bezalt ist, vnnd ob glych Eyner so es vmb Süwhirten lon ze thun ist, die Süw gemetzget hette, So mag es ein hirt usstragen, Er fynnde es im Saltz ald vnnder der Asslin, so lanng vnntz er bezalt ist.“ Vergl. Art. 11. ebenda.

101) Siehe noch St. L. R. Th. III. §. 13. S. 35.

102) M. S. III. S. 111. N. S. II. S. 82. §. 13. ff. S. 84. §. 18.

die Pfändung vorgenommen wird, war zu verschiedenen Zeiten verschieden bestimmt. Die ältere Zeit verstattete kürzere Fristen, die neuere längere. Fast in allen aber zeigen sich Spuren von dreifachen Gerichtstagen, die vorher gehen müssen, oder von dreifacher vergeblicher Aufforderung zu zahlen, ein Zug, der sich aus dem ältern deutschen Contumacialverfahren erklärt. Noch die jetzt geltende Frist von 21 Tagen, die zwischen der Pfändung und dem sogenannten Rechtsbote inne liegen müssen, erinnert an die frühere dreimalige Vorladung des Schuldners vor Gericht, deren Nichtbeachtung eben die Verurtheilung des Schuldners zur Folge hatte und die Pfändung rechtfertigte[103]. Ebenso steht damit in Verbindung, dass die Bewilligung zur Pfändung von dem Gerichtspräsidenten ausgeht.

3. Gegenstand der Pfändung sind alle beweglichen Sachen, die sich in der Gewere des Schuldners vorfinden. Ausnahmweise konnte nach einigen ältern Statuten, wenn das fahrende Gut nicht ausreichte, auch das liegende der Pfändung unterworfen und vergantet werden, um die Schuld zu decken[104]. Nach dem Stadtrechte, welches sich in diesem Punkte in der Folge wieder zum gemeinen Rechte erhob, kommt eine Pfändung der Liegenschaften aus Rechts-

103) Die Darstellung des St. L. R. Th. III. §. 10. 11. Th. X. §. 14. S. 128. ist noch ganz im Geiste der ursprünglichen Auffassung. In der letztern Stelle heist es: «So oft nun einer, dem also aus Recht geboten worden, — am Rechten nicht erschiene soll der — gewarnet: und wofern einer auf die dritte Warnung ausbliebe, — der oder die in Contumaciam verfällt und der Gantknecht oder Pfandschein zu dessen Pfändung erkennt und abgefolget werden." Vergl. Maurer Geschichte d. Gerichtsverf. S. 208.

104) Herrschaftsrecht v. Andelfingen v. 1534. Art. 7. (Pest. II. S. 55.) Herrschaftsrecht von Elgg v. 1535. Art. 44. §. 4. (Pest. I. S. 320.) „Vnnd so dem kleger die varenden pfannd gebenn, vnnd die ligennden genampset werdenn. So sol der weibel dieselbenn — — nach der gant recht verrüffenn." Herrschaftsrecht von Regensberg v. 1538. Art. 56. Pest. I. S. 197: «vnnd diewyl eyner varennde pfannd hat soll man nit ligende von im nemmen." Herrschaftsrecht von Wülflingen v. 1585. Art. 54. (Pest. II. 46.)

trieb nicht vor, sondern hat den Mangel an beweglichen Pfanden den Concurs des Schuldners zur Folge[105]).

Aber auch Forderungen können auf diese Weise gepfändet werden, überhaupt Alles, dessen Eintragung ins Pfandbuch ein Pfandrecht bewirken kann. Ob sich nun aber in der Wohnung (Gewere) des Schuldners fremde Sachen finden, wird von dem Pfändungsbeamteten nicht weiter untersucht. Er pfändet, was sich da vorfindet, z. B. in der Wohnung des Manns, Sachen der Frau oder in der Wohnung der Frau Sachen des Falliten aber bei der Frau wohnenden Manns, nicht aber umgekehrt, und überlässt es dann allfälligen dritten Eigenthümern ihre Rechte hinterher geltend zu machen. Wenn diese es versäumen, ihre Sachen heraus zu begehren, so wird sogar nach kurzer Frist angenommen, sie haben gar keine freie Eigenthumsansprache mehr, sondern können ihr Eigenthum nur durch Auslösung des Pfandrechtes herstellen[106]). Es beruht diess auf einer Rechtsansicht, die mit der spätern Ausbildung der Lehre vom anvertrauten Gute sehr nahe verwandt ist, wenn sie schon mit derselben theilweise in Gegensatz tritt[107]).

4. Dieses Pfandrecht wird in der Regel durch Vergantung möglicher Weise aber auch im Concurse realisirt[108]).

§. 22. Ehe.

1. Die Form der kirchlichen, zum Voraus öffentlich verkündigten, Einsegnung ist nunmehr zur nothwendigen Form der Eingehung für alle Ehen geworden, und es wird gerügt, wenn der Einsegnung der Beischlaf der Vorlobten vorhergehen sollte[109]). Ehen, welche

105) St. L. R. Th. X. §. 16. S. 129.

106) St. L. R. Th. III. §. 18. S. 37. N. S. II. S. 84. §. 14. 15.

107) Vergl. oben §. 14. S. 104.

108) St. L. R. Th. III. §. 15. 16. S. 36. N. S. II. S. 85. §. 20.

109) U. M. v. 17. August 1687. Zwei Verlobte sollen, «weilen der

von einem Sohne unter 20, oder einer Tochter unter 18 Jahren eingegangen werden, können von den Eltern oder Vormündern ohne weiters, wenn sie über diesen Jahren sind, nur aus genügenden Gründen gehindert werden[110]. Diese Bestimmung, welche sich an das ältere Recht anschliesst[111], ist mit dem übrigen Rechtssysteme in viel geringerem Widerspruch als ihre weitere Ausbildung durch das Ehegesetz vom 19. Dec. 1804. §. 18. 19.[112]), welches beide Theile nach vollendetem achtzehnten Jahre befähigt, auch gegen den Willen ihrer Eltern und Vormünder sich zu ehelichen, es wäre denn, dass diese darthun können, dass einzelne besondere aufgezählte Hinderungsgründe zur Anwendung kommen. Die Aufzählung ist überdem von der Art, dass sie, zumal einer etwann leichtsinnigen Praxis gegenüber, fast nie hilft. Zu welchen Ungereimtheiten nämlich diese Bestimmung führt, wird besonders anschaulich, wenn man sie mit dem Vormundschaftsrechte in Verbindung bringt. Nach diesem kann der Minderjährige vor Erreichung des vierundzwanzigsten Altersjahres nicht den unbedeutendsten Vertrag gültig abschliessen, ohne dass der Vormund oder die Vormundschaftsbehörden einwilligen. Will er aber eine Ehe eingehen, die ganz abgesehen von ihrer innern Wichtigkeit auch auf die äussern ökonomischen Verhältnisse den grössten Einfluss hat, so kann er diess ohne und gegen den Willen der Vormundschaftsbehörden.

Beyschlaf under Ihnen vorgegangen, ohne Cranz und Schäppeli zur Kirchen geben." Ehegerichtssatzung v. 1719. Th. II. Vergl. Leu I. S. 340. Die äussere Form der Einsegnung war noch im siebzehnten Jahrhunderte strenger vorgeschrieben als gegenwärtig. U. M. v. 25. Juni 1639. « Den Herren Helferen hiessiger 4 pfarrkirchen solle angezeiget, dass Sie dennen so sich von Ihnen einsegnen lassen wolten und aber nicht nieder-Kneuen und also vor der Hoben Majestät Gottes sich nicht demüthig und niederträchtig erzeigen thäten, auf gethanes Anmahnen hierzu, im Weigerungsfahl die Einsegnung abschlagen vnd ebender wiederum weggehen lassen sollind."

110) Ehegerichtssatzungen v. 1719. Th. II.

111) Oben Buch III. §. 21. S. 426.

112) M. S. II. S. 231. ff. Revidirt 25. Mai 1811. M. S. II. S. 3. ff.

Ja sogar, wenn er z. B. einen nachtheiligen Handel schliessen und das Geschäft, dem Willen der Behörde zum Trotz, durchsetzen will, so braucht er nur eine Frau zu nehmen, um sofort selbständig und unabhängig zu werden und die Vorsorge der Behörden gänzlich zu vereiteln.

2. Wie das Wesen der Ehe selbst nicht erst auf dem Rechtsgebiete entspriesst — wesshalb die Ehe auch mit Unrecht ein Vertrag genannt wird — so sind auch die bedeutendsten Wirkungen derselben die persönliche Gemeinschaft der Ehegatten unter sich und in Verhältniss zu ihren Kindern nicht Gegenstand der rechtlichen Erörterung. Mit feinem praktischen Sinne haben die römischen Juristen diese ganze innerliche Bedeutung der Ehe in ihren juristischen Theorien bei Seite gelassen und sich auf die eigentlich juristischen Wirkungen der Ehe beschränkt. Sie trafen in dieser Hinsicht das Rechte besser, indem sie ihrem Takte folgten, als viele der neuern Juristen, die auf philosophischem Gebiete besonders stark zu sein vermeinten, indem sie ungründlich philosophirten. Im Mittelalter konnten die geistlichen Gerichte allerdings eher auf Geschlechtsverhältnisse und andere innere Beziehungen der Ehe eintreten, weil für sie der rechtliche Gesichtspunkt nicht der einzige war, auf den sie zu sehen hatten, sondern die Rücksicht auf Religion und Sitte sie in noch höherm Masse leiten musste. Zugleich gab ihnen die Herrschaft über das Gewissen Mittel an die Hand, deren der weltliche Richter entbehren muss. Je mehr sich nun aber in der Folge die Behandlung der Ehesachen von der geistlichen Gerichtsbarkeit wieder befreit hat, desto mehr muss auch nach und nach wieder der rein juristische Gesichtspunkt im Eherechte fest gehalten und alles Fremdartige beseitigt und der Sitte überlassen werden.

Im bürgerlichen Rechte hat die Ehe zunächst die Wirkung, dass die Frau auch die bürgerliche Genossinn des Mannes wird, seinen Geschlechtsnamen und sein Bürgerrecht erwirbt. Sie tritt somit in den Kreis seines bürgerlichen Daseins über und hat auch dem Manne zu folgen, wenn er seinen Wohnort oder seine

Heimath vertauscht. Und die Kinder, welche während der Ehe erzeugt oder in der Ehe geboren werden, sind als eheliche Kinder anzusehen, wenn nicht das Gegentheil erwiesen ist; ein Beweis, der überaus schwer hält.

Die übrigen Wirkungen der Ehe beziehen sich fast nur auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

3. Die Ehe ist ihrer Idee nach ein die ganze Persönlichkeit der Ehegatten durchdringendes Verhältniss und eben darum auch ihre Gemeinschaft unauflöslich. Scheidung lässt sich überall nur da denken, wo die innerliche eheliche Gesinnung nicht vorhanden ist, wo die wirkliche Ehe ihrer Idee widerspricht.

Die Reformation verkannte jenes Wesen der Ehe keineswegs, begünstigte aber die Möglichkeit, eine innerlich doch zerstörte Ehe auch äusserlich durch Scheidung aufzulösen. Jedoch überliess sie die Beurtheilung der Zulässigkeit der Scheidung nicht der Privatwillkühr der beiden Ehegatten, sondern machte die Scheidung von der Prüfung und Zustimmung des Ehegerichtes abhängig, welches im Interesse der Sittlichkeit und des Staats die Ehe aufrecht zu halten und nur ausnahmsweise aus besondern Gründen Scheidung zu verstatten hat. Als solche Gründe wurden vor allen der Ehebruch, dann aber auch andere „Sachen, die grösser und schwerer sind, als der Ehebruch", anerkannt[113]). Namentlich wurden noch böswillige Verlassung, Wahnsinn, unheilbare Krankheit und Unvermögen des einen Ehegatten genannt, und überdem durch einen allgemeinen Vorbehalt dem Rathe die Vollmacht ertheilt, in einzelnen Fällen auch aus andern Gründen Scheidung eintreten zu lassen[114]). Das neuere Ge-

---

113) Vergl. Leu I. S. 369. ff.

114) Ehegerichtssatzung v. 1719. Schon die älteste Satzung von 1525. spricht diess neue Princip aus: «Item grösser sachen denn Eebruch, als so eines das leben verwurkte, nitt sicher vor einandren wärind, wuetende, vnsinnige, mit huory tratzen, oder ob eines das ander vnerloubt verliesse, lang vss wäre, vssetzig vnd der glychen, darinn nieman von vnglyche der sachen, kein gwüss gsatzt machen kan. Mögent die Richter erfaren vnd handlen, wie sy gott vnd gestalten der sachen werdend vnderwysen."

setz hat diess weiter ausgeführt, den allgemeinen Vorbehalt aber auf eine unpassende Weise in den Scheidungsgrund gegenseitiger unbezwinglicher Abneigung verwandelt[115].

Ist nun aber Scheidung ausgesprochen, so ist diese eine wahre volle, nicht bloss eine bürgerliche, sondern zugleich auch eine kirchliche. Dadurch wurde somit die frühere Trennung zu Tisch und Bett verdrängt, welche das kanonische Recht nur desshalb zugelassen hatte, um eine gänzliche Scheidung unbedingt verweigern zu können. Daneben aber kam eine andere bloss vorübergehende und zeitwährende Scheidung zu Tisch und Bett auf, deren Bedeutung die einer Prüfungsfrist ist. Die beiden Ehegatten sollen sich eine Zeit lang meiden und den persönlichen Reibungen entzogen sein. In dieser Zwischenzeit, die in der Regel nur auf 6 Monate bis 1 Jahr, ausnahmsweise höchstens auf anderthalb Jahre erstreckt wird, mag es sich dann zeigen, ob eine Scheidung wirkliches Bedürfniss ist oder ob die Ehe wieder in volle Wirkung treten kann. Im erstern Falle tritt die volle Scheidung ein, im zweiten werden die Ehegatten wieder vereinigt. Der Staat wünscht den letztern Erfolg und hat die Scheidung nur als letzten möglichen Ausweg vor Augen[116].

§. 23. Eheliche Vormundschaft.

1. Der Ehemann, als natürliches Haupt der Familie und Vormund der Frau, repräsentirt diese nach aussen und vertritt sie auch vor Gericht[117]. Er bestreitet ferner die Kosten der Ehe, er hat für Wohnung, Kleidung, Nahrung u. s. f. der Frau zu sorgen[118] Diese Sorge darf in-

115) M. S. II. 252. ff. V. S. 27. ff.

116) Eine nähere Begründung dieser Ansicht findet sich in meinem Aufsatze: Die eheliche Vormundschaft, während der Scheidung zu Tisch und Bett, in der Mon. Chr. Bd. V. S. 1. ff.

117) St. L. R. Th. III. §. 8. S. 33.

118) Ehegerichtssatzung v. 1719. Th. II. M. S. V. S. 24. §. 54.

dessen nicht verwechselt werden mit der Verpflichtung zu Alimenten. Sie beruht nämlich nicht auf Armuth der Frau, noch reicht sie nur so weit als die nothwendigen Bedürfnisse es erfordern. Sondern ihr Grund liegt in den Güterverhältnissen der Ehe und erstreckt sich so weit als Standes- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten es erheischen. Auch die reiche Frau muss demnach von dem ärmern Manne erhalten werden.

2. Da dem Manne ferner freie Verwaltung zusteht über das Vermögen der Frau, so kann er ohne Einschränkung und selbst gegen ihren Willen einzelne Sachen, welche der Frau eigenthümlich zugehören, gültig verpfänden oder veräussern. Diese Befugniss bezieht sich nicht etwa nur auf unbedeutende Gegenstände, sondern ebenso auch auf die wichtigsten Vermögensstücke. Auch ihre Schuldbriefe kann er, ohne ihre Zustimmung, an Dritte veräussern. Das Statut[119]) betrachtet dieses Recht des Mannes freilich aus dem Gesichtspunkte des anvertrauten Gutes, aber mit Unrecht. Es hält die Anwendung des wahren Principes fest, aber es täuscht sich in der juristischen Begründung derselben. Es sind nämlich diese Vermögensstücke keineswegs anvertrautes Gut im Sinne der Lehre vom anvertrauten Gute. Denn das Anvertrauen ist kein freies. Der Mann erwirbt die Gewere über das Weibergut, nicht weil ihm die Frau dieselbe im einzelnen Falle anvertraut, sondern weil die rechtliche Auffassung der Ehe ihn zum Vormunde der Frau macht. Es gründet sich somit seine Gewere auf Rechtsnothwendigkeit, die allenthalben von selbst eintritt, wo nicht besondere Verabredung oder andere Gründe eine Ausnahme bewirken. Der Mann hatte diese Rechte schon ganz ebenso zu einer Zeit, wo die Lehre vom anvertrauten Gute in ihrer neuen Gestaltung noch unbekannt war. Auch die Wirkungen sind in beiden Fällen verschieden. Das anvertraute Gut kann von dem Eigenthümer zurück-

---

119) St. Man. v. 1680. Juni 7. 9. und Erk. v. 1719. A. S. I. S. 177.

begehrt werden, wenn er dem dritten Erwerber den Preis, den er dafür bezahlt hat, zurück erstattet. Die von dem Ehemann veräusserten Sachen der Frau aber bleiben veräussert, und können von ihr überall nicht mehr zurück begehrt werden.

Nur in zwei Fällen ist die Disposition des Mannes beschränkt:

a) Liegenschaften, welche der Frau gehören, können gültig von dem Manne nur dann verpfändet werden, wenn sie selbst, zwei ihrer nächsten Anverwandten und ein von ihr erbetener Beiständer, der in dieser Stellung wieder Vogt genannt wird, ihre Zustimmung geben. Das Statut[120]) spricht nur von der Verpfändung. Das ältere Recht[121]) und theilweise auch die frühere Praxis unterstützen die Annahme, dass dieselben Erfordernisse auch für die Veräusserung gelten. In neuerer Zeit hat sich aber die Praxis eher für die Beschränkung auf Verpfändung entschieden[122]). Und in der That spricht für die letztere Meinung auch der bisher unbekannt gebliebene Grund, dass noch der Entwurf des Stadtrechtes ganz deutlich Verpfändung und Veräusserung zusammen fasste, das Stadtrecht selbst aber jenen verändernd die letztere wegliess[123]).

b) Wenn das Vermögen der Frau auf die Liegenschaften des Mannes versichert wird, so darf er den ausgestellten Weibergutsversicherungsbrief nicht verpfänden oder verkaufen, ohne die Zustimmung der Obervormundschaftsbehörde (Bezirksrath)[124]).

---

120) St. L. R. Th. V. §. 41. S. 76. Das Winterthurerstadtrecht v. 1720. Erk. §. 3. (Pest. I. S. 52.) lässt auch über Liegenschaften dem Manne freie Verfügung zu.

121) Vergl. Buch I. §. 23. S. 104. Buch III. §. 22. S. 423.

122) Vergl. Mon. Ch. V. S. 358.

123) Im Entwurfe hiess es: „Weder verschreiben noch verkaufen"; im Stadtrechte heisst es einfach: „nicht verschreiben."

124) Gesetz v. 13. Dec. 1820. M. S. IV. S. 387.

3. Die Ehefrau mag allerdings einen Theil ihres Vermögens ausnahmweise ihrer eigenen Verwaltung und Verfügung vorbehalten. Es ist diess das sogenannte Spargut, oder allgemeiner ausgedrückt Sondergut[125]). Die Sitte beschränkt es aber durchgängig auf einen verhältnissmässigen geringen Theil.

4. Dem Manne steht das Recht zu, das Weibergut (mit Ausschluss des Spargutes) zu gebrauchen, und die Früchte zu gewinnen. Diese eheliche Nutzniessung[126]) darf wieder nicht nach den Grundsätzen des römischen Niessbrauches beurtheilt werden. Wie ihre Grundlage in dem engen Familienverhältnisse und der Einheit der gesammten Vermögensverwaltung in der Hand des Mannes, nicht aber in einem aus dem Eigenthum abgelösten und diesem entgegen gestellten dinglichen Rechte zu suchen ist, so ist sie auch in jeder Hinsicht freier und ungehemmter[127]). Der Mann ist nicht schuldig, für gehörige Benutzung Caution zu leisten. Er darf die Cultur der Grundstücke, welche der Frau gehören, nach seinem Willen verändern, Bauten vornehmen, auf die Substanz der Sachen einwirken u. s. f.

5. Der umfassenden Gewalt des Mannes über das Vermögen der Frau steht nun aber seine Verantwortlichkeit zur Seite. Nach der Trennung der Ehe haftet er oder seine Erben für Herausgabe des sämmtlichen zugebrachten Vermögens. Wir müssen hier für unser Recht allerdings ein obligatorisches Verhältniss festhalten, welches den Mann gegenüber der Frau zur Restitution verpflichtet[128]). Freilich die Sachen, die noch vorhanden sind,

---

125) Dafür mag man allerdings die oben angeführte Erk. v. 1719 anführen.

126) St. L. R. Th. X. §. 18. S. 144.

127) Vergl. darüber oben Buch I. §. 23. S. 106.

128) Hasse in der Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft IV. S. 70 und Cropp in seinen Abhandlungen. Hamburg 1830. II. S. 447. bestreiten das Dasein einer solchen obligatio für das deutsche Recht. Schon sehr frühe aber hat sich in unserm Rechte eine solche entwickelt aus dem regelmässigen

braucht der Mann der Frau nicht erst zu Eigenthum zurück zu übertragen, weil sie das Eigenthum gar nie verloren hat. Es hört nur seine Gewere (zu Vormundschaft) auf und die ihre (zu Eigenthum) wird wieder lebendig. Für das Nichtvorhandene aber muss er Ersatz leisten. In dieser Hinsicht ist indessen noch dreierlei zu bemerken:

a) Der Ehemann hat zwar auch für den Schaden einzustehen, der aus seiner Fahrlässigkeit entstanden ist; es ist aber diese Ersatzpflicht zu mildern durch Rücksichtsnahme auf seine persönliche Fähigkeit und das Mass ihrer Ausbildung[129]).

b) Wenn Sachen, welche der Haushaltung zudienen, in Folge dieses Gebrauches schlechter geworden sind, so wird hier der Mann keineswegs zum Schadensersatze verpflichtet, es wäre denn, dass dieselben zuvor in der Absicht geschätzt worden wären, um den Schatzungswerth nöthigenfalls an ihre Stelle treten zu lassen.

c) Für Verwendungen an die Sachen der Frau, insofern dieselben nicht schon zur regelmässigen Verwaltung und Benutzung gehören, kann der Mann hinwieder Ersatz fordern.

6. Diese Verantwortlichkeit des Ehemannes macht sich aber erst nach Auflösung der Ehe geltend. Während derselben tritt sie vor der Gewalt des Mannes zurück und die Frau darf keineswegs für eine gehörige und gute Verwaltung grössere Sicherheit fordern. Nur ausnahmsweise, wenn eine bedeutende Gefahr vorhanden ist, dass der Mann das Vermögen der Frau verschleudere, ohne fähig zu sein,

---

„zu Erb und Eigen liegen" des Weibergutes. Vergl. oben Buch II. §. 31. S. 285. Buch III. §. 22. S. 429 und 430. Amtsrecht von Uhwiesen v. 1603. Art. 25. (Pest. I. S. 152.): „Ob aber an — dess wybs gut ützit im werender Ee verkoufft oder sonst verennderet worden, vnd nit mehr verhanden, darfür soll iro von dess mans gut gebürliche werd entricht vnd bezalt werden."

129) Vergl. meinen Aufsatz in der Mon. Ch. Bd. I. S. 446. ff.

es hinterher zu ersetzen, kann allerdings **Sicherstellung des Weibergutes** gefordert werden[130]. Es kann hier sich so gestalten, dass die Frau, deren Handlungsfähigkeit sonst durch die Vormundschaft des Mannes beschränkt ist, Klage erhebt gegen den Mann. Weil die Frau eben nur insofern in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt ist, als die Vormundschaft des Mannes es erfordert, und da es sich hier gerade um eine Beschränkung dieser Vormundschaft selbst handelt, wobei unmöglich der Mann die Frau gegen sich selber repräsentiren kann, so darf man hier der Frau die Klage nicht verwehren[131]. Ueberdem können aber auch die nächsten Verwandten der Frau, welche in ihrem Verarmungsfalle sie zu erhalten haben, oder aus gleichem Grunde und zugleich als Vormundschaftsbehörde der Gemeindrath unter jener Voraussetzung der Verschwendung und Unfähigkeit des Mannes die Versicherung fordern, und zwar selbst gegen den Willen der Ehefrau, da ja möglicher Weise auch gegen den Willen einer Person auf ausserordentlicher Bevogtigung derselben angetragen werden kann[132].

7. Aber auch ohne besondere Versicherung findet die Weibergutsforderung der Ehefrau darin einen eigenthümlichen Schutz, dass sie im Concurse des Ehemanns ein **Vorrecht** besitzt, welches ihr vor allen laufenden Forderungen und sogar vor den mit generellem Pfandrecht ausgerüsteten und den privilegirten Forderungen der sogenannten Geschreiten Deckung verschafft[133].

---

130) In dem Kyburgerrechte v. 1578. Art. 47. und d. Statute v. Wülflingen v. 1585. Art. 46. wird es ganz allgemein dem Manne zur Pflicht gemacht, das Weibergut auf Begehren der Frau zu versichern „an Erb und Eigen zu setzen."

131) Diese Befugniss war schon im ältern Rechte anerkannt. Oben Buch II. §. 32. S. 292.

132) Vergl. Mon. Chr. III. S. 57. IV. S. 56. ff. 58. f.

133) Ueber die ältere Bedeutung dieses Vorrechtes siehe oben Buch III. §. 23. S. 440. — Weininger Amtsrecht v. 1637. Art. 1. (Pest. I. S. 113.) St. L. R. Th. X. §. 40. S. 155. §. 28. S. 148. St. R. v. Winterthur v. 1720. Erl. §. 6. 7. (Pest. I. S. 53.)

§. 24. Beschränkte Handlungsfähigkeit der Frau.

1. Da das züricherische Recht eine allgemeine Geschlechtsvormundschaft wenigstens seit dem früheren Mittelalter nicht mehr kennt, und überdiess auch jene Geschlechtsvormundschaft, wo sie vorkam, nur eine beschränkte Wirkung hatte, so dürfen wir der Frau die persönliche Handlungsfähigkeit zunächst nicht absprechen. Dieselbe wird aber durch die Vormundschaft des Mannes und das damit zusammenhängende eheliche Güterrecht während der Ehe grösstentheils absorbirt. Die Einheit der Vermögensverwaltung lässt es nicht zu, dass auch die Frau über das Vermögen verfüge. Sie darf also zunächst keine Sachen, auch die ihrigen nicht veräussern oder verpfänden; denn durch derlei Handlungen würde sie in die Gewere des Mannes über das gesammte eheliche Vermögen eingreifen und dieselbe verletzen. Ueberdem würden die Nutzungsrechte des Mannes dadurch theilweise verkürzt. Ebenso wenig und aus den gleichen Gründen darf sie Schulden contrahiren, die der Mann für sie zu zahlen hätte[134]).

Diese Beschränkung ist indessen keine absolute. In manchen Beziehungen handelt die Frau als Hausfrau und repräsentirt die Ehe, so dass der Mann ihre hieher gehörigen Verfügungen seinerseits anerkennen muss. Schon die ältern Statuten gestatteten der Frau, hinter ihrem Manne achtzehen Heller hinwegzugeben[135]).

Knonaueramtsrecht v. 1535. Art. 23.: „Es soll vnnd mag ouch ein frow irem man nit mee verschwätzen noch verschlachen Dann XVIII haller, was sy darüber verschwätzt oder verschlacht, das soll sy vss irem gut bezalen.

Regensbergerherrschaftsrecht v. 1538. Art. 43. bei Pest. I. S. 193. ganz gleichlautend.

---

134) St. L. R. Th. V. §. 44. S. 77. §. 47. S. 78.

135) Oben Buch III. §. 22. S. 430.

Das Maass von achtzehen Hellern ist im Sinne des ältern Geldwerthes — die Bestimmung selbst ist offenbar sehr viel älter als die Abfassung dieser Herrschaftsrechte — auch keineswegs so ganz gering, als es jetzt scheint. Bis auf diesen Betrag hat also der Ehemann die Verfügungen der Frau zu respectiren und muss für sie bezahlen, ohne dass er diess von ihrem Vermögen abrechnen darf. Er bezahlt nicht ihre Schuld, sondern eine Haushaltungsausgabe.

Es versteht sich nun, dass wir diese Verfügungsfähigkeit der Frau keineswegs mehr auf achtzehen Heller beschränken dürfen, sondern vielmehr ganz allgemein auf regelmässige Haushaltungsausgaben von geringfügigem Belange ausdehnen müssen. Es kann dann dieselbe gewisser Massen aufgefasst werden als Credit, welchen der Mann der Frau der allgemeinen Sitte gemäss gewährt, und den er im einzelnen Falle zu respectiren hat. Die Grösse des Credites richtet sich dann natürlich wieder nach dem Stande, und den Vermögensverhältnissen der Ehegatten und kann nur durch billiges Ermessen des Richters bestimmt werden, wenn sich darüber Streit erzeugt. Will der Mann seiner Frau ausnahmsweise den Credit entziehen, so kann er diess thun; für Dritte geschieht es aber — der herrschenden Sitte wegen — nur dann verbindlich, wenn er das Publikum davon durch öffentliche Anzeige in Kenntniss gesetzt hat.

Aus diesem Standpunkte betrachtet auch eine Rathsverordnung v. 1557., die in das Gerichtsbuch aufgenommen wurde, die Sache und sieht bereits von der Beschränkung auf achtzehen Heller ab.

> Als die Richter an der Statt gricht von wegen der wybern, so zu Irer mannen husshaltungen, selbs eigner person von den pfistern vss Iren Hüssern vnnd gädmen, brott tragendt vnnd helffend essen, bescheids begärt, ob dieselben wyber so Ire mannen nüdt meer habent, söllich brott als Essige Spiss zuo bezalen schuldig sygen oder nit, — — So lassennd wir es genntzlich by derselben vnnsers Gerichts ordnung blyben, Also das die wyber Inn ob angezeigtem fhal by dem Brott reichen,

zuo Irer Eemannen husshaltungen, den pfistern nützit schuldig syn, Es syge dann sach das ein sölliche Frow darfür versprochen habe, sölle sy Irem zuosagen statt thun vnnd bezallen, zuo wellicher verheissung ein Jeder Pfister vnparthygisch Lüth nemmen mag, Mit denselben er die Frowen (so sy lougnen welte) getruwe zu besetzen vnnd syn ansprach zu bezüchen."

2. Sehr viel weiter geht das

Winterthurerstadtrecht von 1720. Erl. §. 2.: „Wenn ein Frauw jemandem vahrnuss oder Brief, Sy mögend ihren oder dess Mans syn, hinderlegte oder zu kaufen gebe, obschon es nit vor Rath vnd nit mit bevogteter hand gescheche, soll es doch wann die Schuldforderer vnd Käufer die vahrnuss vnd Brief in ihren handen habend gültig vnd crefftig syn. — Ebenso Winterthurerstadtrecht v. 1779. Erl. §. 2.

Zwar ist auch dort der Mann Vormund der Frau, und hat das ganze Vermögen in seiner Gewere. Und es kann auch dort die Frau in der Regel keine Schulden contrahiren, die der Mann bezahlen müsste. Aber wenn sie bewegliche Sachen, wohin denn auch Schuldbriefe und andere stellvertretende Schuldurkunden gehören, veräussert, so wirkt diese Veräusserung auch gegenüber dem Manne vollständig, insofern nur der Besitz wirklich auf den Erwerber überging. Es mag diese allerdings sehr weitreichende Anerkennung der Veräusseruugen durch die Frau in dem Stadtrechte von Winterthur aus einer wenn auch nicht völlig bewussten und nicht richtigen Anwendung der Lehre vom anvertrauten Gute entstanden sein. Denn einmal sind die Wirkungen dieselben, ob die Frau nun ihre eigenen oder die Sachen des Mannes veräussert, welche beide insofern für anvertrautes Gut angesehen werden mochten, als die Gewere daran dem Manne zusteht, die Frau aber mit dessen Willen in den faktischen Besitz gelangt ist. Ausserdem treten sie nur ein, wenn der Besitz wirklich auf den Erwerber übergegangen ist, nicht aber schon vorher, was sich nicht aus dem Güterrechte der Ehegatten als solchem er-

klärt. Und endlich spricht das Statut in ganz ähnlicher Weise die Lehre vom anvertrauten Gute aus[136]). Wir halten somit die ganze Eigenthümlichkeit nicht für eine organische, sondern erklären sie vielmehr aus einer Schiefheit der Theorie, die überhaupt den neuern Redaktionen des Winterthurerstadtrechtes nicht fremd ist.

3. So vollständig die Gewere des Mannes ist über das Vermögen der Frau, so kann er sie doch nicht ohne weiters zur Schuldnerin machen. Es scheint dieser Satz zwar im Widerspruche zu stehen mit der Bedeutung der Vormundschaft. Fasst man aber die Natur dieser Vormundschaft als einer ehelichen ins Auge, so löst sich dieser scheinbare Widerspruch. Sogar nach dem weit strengeren Rechte der römischen Manus, welches dem Ehemann unbeschränktes und ausschliessliches Recht an dem ganzen vormaligen Vermögen der Frau übertrug, und die nun vermögenslose Frau in die absolute Gewalt des Mannes brachte, konnte dieser doch nicht durch einseitige Verfügung der Frau Schulden aufladen. Und doch hätte auch im römischen Rechte eine solche Verfügung möglichen Sinn. Denn die Frau ist nur absolut arm, so lange die Ehe dauert. Nach der Trennung derselben wird sie selbstständig und von neuem Subject eines eigenen Vermögens. Dass noch viel weniger im System der römischen freien Ehe, die überhaupt alle Stellvertretung der Frau durch den Mann oder Herrschaft des Mannes über ihr Vermögen ausschliest, an eine solche Möglichkeit, die Frau zur Schuldnerin zu machen, gedacht werden könne, bedarf keiner Ausführung.

Wir müssten sie somit, da sie von den beiden äussersten römischen Endpunkten des ehelichen Güterrechts, verworfen wird, nur in der deutschen Auffassung der Ehe

135) Erl. §. 8.: „Wann jemandem Vahrnuss oder Brief vertrauwt und gegeben wurden, uss was ursachen vnd zu wass end es immer gescheche, vnd der oder die, denen Sy vertrauwt vnd gegeben worden, solliche pfandtswyse hinterlegtend oder verkaufftend, sollend die denen die vahruuss vnd Brief pfandtswyse hinderlegt oder zu kaufen gegeben und würeklich yngehändiget sind, darzu die bessten recht haben."

rechtfertigen können. Und in der That scheint sie hier noch am ehesten ihren Platz zu finden. Denn einmal tritt bei der Vormundschaft der Gesichtspunkt der Stellvertretung durch den Vormund viel stärker und leichter hervor als bei der strengen Gewalt. Und zudem zeigt die Lehre von der Gütergemeinschaft der Ehegatten, dass jene Möglichkeit wenigstens in einer modificirten Gestalt im deutschen Rechte wirklich Platz gefunden habe.

Dessen ungeachtet müssen wir sie für das reine Recht der ehelichen Vormundschaft ausschliessen. Es bleibt nämlich allemal ein durchgreifender Unterschied zwischen der Vormundschaft über Unmündige und der ehelichen Vormundschaft. Jene setzt in der Person des Schützlings persönliche Unfähigkeit voraus, selbst Rechtsgeschäfte mit Bewusstsein vorzunehmen; bei dieser dagegen ist eine solche persönliche Unfähigkeit entweder überall nicht oder doch nur eine theilweise und beschränkte vorhanden. Daher bedarf der Unmündige eines Vormundes, welcher, da jener überall nicht handeln kann, statt seiner handle. Dagegen könnte die Ehefrau, wenn man nur auf ihre persönliche Fähigkeit sähe, sobald sie zu ihren Tagen gekommen, wohl selbst handeln: und sie wird daran lediglich mit Rücksicht auf die Ehe und soweit das Interesse dieser und die Einheit der Güterverwaltung es erfordert, verhindert. Dieser Unterschied warnt vor raschen Schlüssen von dem einen Verhältnisse auf das andere. Die daherigen Zweifel werden verstärkt, wenn man an die Realisirung solcher von dem Ehemanne im Namen der Frau eingegangenen Schulden denkt. Dieselben sind nämlich entweder noch während der Ehe oder erst nach Auflösung der Ehe zu entrichten. In beiden Fällen würde aber eine persönliche Haft der Frau in einen Widerspruch gerathen mit den Grundgedanken unsers ehelichen Güterrechtes. Im erstern Falle desshalb, weil während der Ehe der Mann das beiderseitige Vermögen allein verwaltet und allein nach aussen vertritt. Der Gläubiger müsste sich daher jedenfalls an den Mann halten, und von diesem Zahlung fordern. Nun kann der Mann aber auch

dann, wenn er von Anfang an die Schuld auf seine eigenen Schultern geladen hat, doch dafür sowohl seine eigenen als die Sachen der Frau gültig veräussern und mit dem Erlöse die Schuld bezahlen. Es müsste daher die Befugniss, der Frau Schulden aufzuladen, ihre rechte Bedeutung durchgängig erst nach Trennung der Ehe zeigen, indem hier nun die Frau selbst mit ihrem zu freier Verfügung zurück erhaltenen Vermögen auf Bezahlung belangt werden könnte. Nun kann es aber wieder nicht im Sinne der ehelichen Vormundschaft liegen, die ja nur so lange dauert als die Ehe, und nur um der Ehe willen und für die Ehe da ist, dass die Frau eine solche Wirkung derselben regelmässig erst verspüre, wenn jene untergegangen ist. Eine solche Belastung der Frau läge überall nicht im Interesse der Ehe und des ehelichen Güterrechtes, sondern nur im Interesse des Mannes, das aber erst hervorträte, wenn die Ehe nicht mehr besteht, wenn er nicht mehr Ehemann ist.

Dazu kommen nun aber noch weitere Gründe. Die Eingehung von Schuldverhältnissen ist nach der ganzen Auffassung des deutschen Rechtes etwas durch und durch Persönliches. Man darf daher nie geneigt sein, jemanden für einen Schuldner zu halten, der die Schuld nicht selber auf sich genommen hat[136]). Nun mag man freilich einwenden, wir drehen uns im Kreise herum, denn der Vormund sei ja eben als solcher der Stellvertreter seines Schutzbefohlenen, und insofern auch befugt, im Namen desselben für diesen Schulden zu contrahiren. Aber dessen ungeachtet ist für den Entscheid der Streitfrage jene Bemerkung von Gewicht. Das Recht der Stellvertretung ist nicht ein absolutes, sondern ein relatives. Wo einer selber handeln kann, bedarf er zunächst keines Stellvertreters. Das gilt in vorzüglichem Masse von den Schulden. Die Frau kann nun aber selbstthätig bei Contrahirung derselben handeln, wie wir im Verfolge ausführlich noch sehen werden. Daraus

136) Vergl. darüber mit Rücksicht auf die Ehe. Hasse a. a. O. S. 84.

folgt nun aber, dass wir nicht geneigt sein dürfen, einem andern das Recht völlig freier, einseitiger Stellvertretung ohne und sogar gegen ihren Willen auch für die Geschäfte einzuräumen, wo der Vertretene anerkannter Massen selbst zu handeln im Stande ist. Ganz anders verhält es sich mit den übrigen Dispositionen des Ehemanns. Er mag allerdings einseitig die Fahrhabe der Frau gültig veräussern und selbst für seine eigenen Schulden verpfänden. Aber dieses Recht folgt nicht aus einem unbedingten Rechte zur Stellvertretung, sondern vielmehr aus seinem Rechte der Gewere, das sich über alle Sachen erstreckt, die zu dem ehelichen Vermögen gehören; desshalb kann er das Eigenthum der Frau belasten, nicht aber ihre Person verpflichten.

Wir gingen vorhin von dem Standpunkte der Frau aus. Treten wir nun ganz auf den Gesichtspunkt des Mannes über, so werden wir hier eine neue Bestätigung unserer Ansicht finden. Wie in ihm die ganze Herrschaft über das Vermögen der Ehegatten concentrirt ist, so hat er auch alle Kosten der Ehe zu tragen, und muss für die Bedürfnisse der Familie sorgen. Sind somit während der Ehe Schulden zu machen, so ist er aus demselben Grunde in der Regel die rechte Person, diese auf sich zu nehmen. Machen besondere Verhältnisse eine Ausnahme wünschbar, und kann der Mann seine Stellung, wornach er zunächst allein nach Aussen hin das Vermögen repräsentirt, nicht rein erhalten, so mag er dann die Frau mitberathen, wenn er sie in persönliche Mitleidenschaft ziehen will, nicht aber einseitig und willkührlich seine eigene wahre Stellung aufgeben und die Frau — ohne deren Zustimmung — gegenüber den Creditoren hervor treten lassen.

Ein fernerer Grund liegt in dem Stande der Quellen. Mir wenigstens ist keine Stelle bekannt, welche für jenes ausgedehnte Vertretungsrecht des Ehemannes spräche[137]),

---

137) Vergl. über das Güterrecht v. Hamburg, welches sich von dem unsern verschieden ausgebildet hat, besonders Cropp Abhandl. Bd. II. S. 502. Sogar dort kann der Mann die Frau nur in beschränktem Masse zur

wohl aber eine bedeutende Anzahl solcher, welche unsere Ansicht unterstützen.

Schon die Art, wie unsere Quellen von dem Concursrechte handeln, stimmt damit überein. Nachdem nämlich gesagt wurde, dass im Auffalle des Mannes die Frau allen Gläubigern desselben vorgehe, fügt das Statut von 1489. im Gerichtsbuch v. 1553. sofort als Gegensatz hinzu:

> Ob aber die Frow für Iren man ützit gelopt hette, darumb soll demnach Ir gut nützit desterminder hafft vnnd verbunden syn[138].

Ebenso an einer andern Stelle desselben Gerichtsbuchs.

> So ein vffal uff eins mans guot by synem Läben oder nach synem tod bescheche, Sollennt die schuldvorderer zwen Erbar mannen verordnen, die desselben guots vögt sygint vnnd die Frowen durch Ire geschworne vssrichtere (ob sy nitt mit Iren Eemannen zuo bannck vnnd gaden gstannden) vmb Ir zuogebracht guot morgengaab vnnd Eerecht lassen vssrichten. Hette sy dann die Frow für Iren Eeman vtzit glopt vnnd versprochen, soll Ir guot nüdesterminder hafft syn, souil vnnd sich mit Rächt erfinndt.

Der Rechtssatz, der darin liegt, ist offenbar der: Die Ehefrau haftet nicht für die Schulden des Mannes, es wäre denn, dass sie selber seinen Gläubigern Befriedigung gelobt hätte. So allgemein konnte sich das Statut aber nicht leicht ausdrücken, wenn es daneben noch zuliess, dass der Mann einseitig die Frau verpflichten könne. Man sieht deutlich, es nimmt vielmehr an: wenn die Frau Schuldnerin sein soll, so muss sie selbst gehandelt haben.

Die Sonderbarkeit ferner des Winterthurerstadtrechtes von 1720[139], 1738, 1760 und 1779[140], dass der Ehemann, wenn er binnen 6 Jahren nach Eingehung der Ehe die zu-

---

Bezahlung der Schulden verpflichten, obwohl nach den Grundsätzen des Hamburgerrechtes sich eine solche Stellvertretung weit eher denken liesse.

128) Den Anfang dieser Stelle habe ich Buch III. §. 23. S. 441. mitgetheilt.

139) Erl. §. 5. (Pest. I. S. 53.)

140) Erl. §. 4. (Pest. I. S. 26.)

gebrachten laufenden Schulden der Frau nicht bezahlt oder versichert, von da an persönlich für dieselben hafte und auf seine eigene Rechnung zu übernehmen habe, erklärt sich wieder nur aus derselben Rechtsidee, dass der Ehemann während der Ehe der natürliche Schuldner der ehelichen Schulden sei, indem er ja auch, wie sich das Stadtrecht ausdrückt, „der Frauen Gut genutzt." Nur geht das Statut über das Princip hinaus, indem es Schulden, die bereits auf der Frau gehaftet, dieser abnimmt und dem Manne auflegt.

4. In ganz besonderem Masse aber wird unsere Ansicht verstärkt durch die Behandlung der weiblichen Versprechen in unsern Rechtsquellen. Es ist bekannt, dass das reine deutsche Recht die Intercessionen der Frauen für andere nicht unter einem eigenthümlichen Gesichtspunkte auffasst, wie das römische Recht seit dem Senatusconsultum Vellejanum[142]). Sie werden vielmehr behandelt, wie alle andern Schuldverpflichtungen, welche die Frau eingeht: und wenn in Folge der allerdings der Intercessionen wenigstens gewisser eine besondere Erwähnung geschieht, die auf einen Einfluss des römischen Rechtes hindeutet, so hat sich dennoch im Wesentlichen das ältere Recht erhalten und ist dieser Einfluss ein sehr untergeordneter geblieben.

Als Regel müssen wir nun annehmen, dass die Versprechen der Frau gültig sind, wenn die Zustimmung des Mannes hinzutritt. Es genügt somit eine einseitige Handlung des Mannes oder der Frau nicht, sondern diese muss handeln, aber mit jenes Zustimmung und Vollwort. Die Quellen behandeln indessen meist nur einen Fall, der am ehesten vorkommt und zugleich eigenthümliche Schwierigkeiten erregt, den nämlich, wo die Frau sich für eine Schuld des Ehemanns selbst verbürgt. Wenn nun hier das von dem Manne gutgeheissene Versprechen der Frau genügt, um sie zur Schuldnerin zu machen, so dürfen wir getrost daraus schliessen, dass es in allen andern

142) Cropp. Abhandl. Bd. II. S. 144.

ähnlichen Fällen, wo die Frau für dritte Personen einsteht, ebenfalls genügen werde.

Misslicher aber ist dieser Schluss da, wo für die Bürgschaft im Interesse des Mannes noch ein mehreres gefordert wird. Denn wenn die Frau im Interesse dritter Personen oder in ihrem eigenen ausschliesslichen Interesse eine Schuld contrahirt, so ist ihr Mann in der Lage, die Zweckmässigkeit und Zulässigkeit einer solchen Schuld frei und unbefangen zu prüfen. Und gibt er seine Zustimmung, die ihm ja selber eher persönlichen Nachtheil als Vortheil bringen kann, so hat sie volles Gewicht. Handelt es sich dagegen um eine Intercession der Frau für den Mann, so tritt eine gedoppelte Gefahr ein, zunächst die, dass der Mann sich durch sein eigenes Interesse leicht zu einer Zustimmung verleiten lasse, die er im reinen Hinblick auf seine Stellung als Vormund der Frau eher verweigern müsste, dann aber auch die, dass selbst die Einwilligung der Frau leicht eine unfreie und ihr Wille durch den persönlichen Einfluss des Mannes beherrscht sei. Es ist daher begreiflich, wenn das Recht gerade hier zunächst die Frau vor gefährlichen Versprechen zu schützen sucht und den Zuzug eines besondern Vormundes und den Rath der nächsten Anverwandten anordnet.

Das ältere Stadtrecht hatte die Zustimmung des Mannes zu dem Versprechen der Frau in allen Fällen für genügend erklärt, wo die Schuld sich auf die Haushaltung und deren Bedürfnisse bezog; für alle andern Schulden, wenigstens die des Mannes, der intercedirenden Frau zur Pflicht gemacht, einen besondern Vogt zu erbitten und die Einwilligung zweier ihrer nächsten Anverwandten einzuholen[143]). Das Stadtrecht von 1715 nahm die Verordnung grossentheils

143) Oben Buch III. §. 22. S. 431. Im Gerichtsbuch v. 1620. findet sich eine Erläuterung der früheren Erkanntniss, worin noch folgender Grund hervorgehoben wird: « Damit all so ein wyb dest minder und nit etwann wider ihren willen von ihrem Ehemann zum versprechen und verpfänden dess ihrigen gezwungen und dardurch umb dass ihr und inn Armuth gebracht werde. "

wörtlich auf, veränderte sie aber doch in einem Hauptpunkte. Zuerst spricht dasselbe wieder davon, dass eine Ehefrau mit Vorwissen ihres Ehemanns bei laufenden Haushaltungsschulden für denselben gültig versprechen könne[144]), und nöthigt den Creditor dann die Forderung binnen 6 Monaten zu beziehen, widrigenfalls er sich nicht mehr an die Frau halten könne. Statt nun aber im Sinne des ältern Gerichtsbuches den Gegensatz so zu fassen, dass die Frau für andere Schulden ihres Mannes nicht ohne die Zustimmung ihrer Anverwandten und eines besondern Vogtes intercediren dürfe, fordert es diesen Zuzug anderer Personen ausser dem Manne nur für Verpfändung der Liegenschaften, welche der Frau zugehören[145]). Alle Fälle, welche weder auf Haushaltungsschulden sich beziehen, noch eine Versicherung auf Liegenschaften nöthig machen, werden somit in der neuen Recension mit Stillschweigen über gangen. Gilt nun für jene Fälle noch das alte Recht, welches sie ebenso behandelt, wie das Gesetz von 1715. die Ver-

---

144) St. L. R. Th. V. §. 43. S. 77.

145) St. L. R. Th. V. §. 46. S. 78. Die Bestimmung des G. B. v. 1553. hiess: „Wo aber ein Frow für Iren Eemann verhiesse umb ein anndere schuld, die syge gross oder klein, vnnd darumb das Ir verpfännden versetzen oder verschryben welte, die sölle sich mit gunst Irs Eemans, ouch mit wüssen vnnd willen zum wenigisten zweiger, Irer nechsten gefründen, vnnd sonnderlich ouch vss geheiss oder gebott eines Herrn Burgermeisters oder Statthalters rechtlich lassen beuogten, vnnd das mit Irem rechtgäbnen vogt thuon, Sonnst sölle sölliches Ir geheiss Inn dem fhal dhein Crafft haben." Der angeführte §. 46. des Stadtrechtes, lautet: „Gleichmässig soll ein Eheweib, so sie für ihren Ehemann um eine Schuld, die sey gross oder klein, verheissle, und ihr Haus, oder andere ligende Güter verpfänden, versezen oder verschreiben wollte, dasselbige allein mit Wissen, Willen, und Erlauben zweyer ihrer nächsten Blutsverwandten, und Zuthun eines unpartheyischen ehrlichen Manns, als erbettenen Vogts, thun." Es wird übrigens dieser Fall auch im Gesetz von dem andern oben schon behandelten unterschieden, wo der Mann die Liegenschaften der Frau verpfändet ohne dass diese darum Mitschuldnerin wird. Vergl. noch d. Statut v. Wülflingen v. 1585. Art. 43. (Pest. II. 40.): „Vnnd so ein frouw umb ander schulden, dann vmb louffend schulden, die sich vonn Essen, trinkens, vnnd ires husshaltens ouch Kleyder wegen begebend — für iren Eemann verspreche vnd verhiesse, es treffe grosses oder kleines ann, vnnd darumb das ir verpfenden u. s. w."

pfändungen der Grundstücke? Oder sind sie zu behandeln wie die weiblichen Versprechen für Haushaltungsschulden?

Die Zweifel beruhen auf einer schlechten Fassung des neuern Statuts und sind gerade darum schwer zu beseitigen. Doch scheint dieses wirklich einen neuen Gegensatz im Auge gehabt und die Versicherung auf Liegenschaften als etwas Eigenthümliches, was anders zu behandeln sei als die andern Fälle, hervor gehoben zu haben. Die neuere Praxis ist auch hier wieder schwankend. In einzelnen Fällen wurde das blosse Versprechen der Ehefrau mit Zustimmung des Mannes, wenn schon Verpfändung von Fahrhabe damit verbunden war für verbindlich gehalten, in andern dagegen für derlei Verpfändungen sowohl als für Bürgschaften der Frau die Zuziehung eines Beiständers und zweier ihrer nächsten Anverwandten für nothwendig erklärt. Jedenfalls ist hier in unserer Rechtsausbildung etwas Lückenhaftes.

Das Gesagte gilt theilweise auch für weibliche Versprechen zu Gunsten dritter Personen. Auch da bedarf die Verpfändung der Liegenschaften nach einer festen Praxis unzweifelhaft jener Form, andere Geschäfte dagegen bedürfen ihrer nicht [146]).

Mit dem ältern Stadtrechte von Zürich stimmen das Grafschaftsrecht von Kyburg v. 1578. Art. 48. das Amtsrecht von Uhwiesen v. 1603. Art. 43. (Pest. I. S. 161.) ganz überein. Das Amtsrecht von Grüningen v. 1667. Art. 28. (Pest. I. S. 75.) hat seine Bestimmungen wörtlich aus dem Zürcherstadtrecht aufgenommen, merkwürdiger Weise aber nur die letztern, wornach weibliche Versprechen für den Mann des Zuzugs eines Vormundes und zweier Anverwandten bedürfen, dagegen die Ausnahme der Haushaltungsschulden übergangen.

Auf ähnliche Weise müssen nach dem Statute von Winterthur v. 1720. Erl. §. 1. alle weiblichen Versprechen für den Mann ohne Unterschied vor Rath ge-

146) Vergl. St. L. R. Th. V. §. 44. S. 77. §. 47. S. 78.

schehen, in dem Sinne, dass ein Mitglied des Rathes der Frau als Vogt zur Berathung beigegeben wird. Ebenso von 1738., 1760., 1779. Art. 7.

Nur das Weininger Amtsrecht v. 1637. Art. 1. (Pest. I. S. 114.) macht die Gültigkeit weiblicher Versprechen für den Mann einzig von dem Willen der Frau abhängig und ordnet keinen weitern Schutz für dieselbe an.

5. Man kann noch die Frage aufwerfen, ob die Frau, wenn sie abgesehen von der Intercession zu Gunsten des Mannes für sich selbst eine Schuld contrahirt, nicht dennoch zur Schuldnerin werde, wenn schon der Mann seine Zustimmung nicht gegeben habe. Mit andern Worten: kann die Frau nicht persönlich durch ihr Versprechen verbunden werden, ungeachtet der Mann ihre Schuld nicht anzuerkennen braucht? Zu dieser Frage, welche in dem Vorhergehenden noch nicht behandelt ist, gelangt man, wenn man die natürliche Handlungsfähigkeit der Frau näher erwägt. Da kann man geneigt sein so zu argumentiren. Die Ehefrau kann rechtsverbindliche Geschäfte eingehen, insofern sie nur nicht durch den Bestand der Ehe daran verhindert ist. Daher kann sie zwar nicht eine Schuld auf sich nehmen, welche von dem Manne während der Ehe befriedigt werden muss. Wohl aber kann sie eine Schuld contrahiren, deren Realisirung erst dann vorzunehmen ist, wenn die Ehe aufgelöst und die Frau die Herrin ihres eigenen Vermögens wieder geworden ist. Man könnte sogar für diese Ansicht Analogien des römischen Rechtes anführen. Selbst der vermögenslose Sohn in der Gewalt, nämlich der keine Forderungen für sich erwerben kann, ist doch im Stande Schulden zu contrahiren, die nach dem Tode des Vaters, nachdem er Selbständigkeit erlangt hat, von ihm eingefordert werden dürfen. Auf ähnliche Weise liesse sich hier eine Forderung auf die Ehefrau denken, deren Gültigkeit suspendirt wäre, so lange die Ehe dauert, hinterher aber hervor träte.

Ich halte aber dieses ganze Raisonnement mit Rücksicht auf unser Recht für unrichtig und diese Ansicht für

zu künstlich und zu fremd. Wenn schon die eheliche Vormundschaft dem Manne keine absolute Gewalt über die Frau ertheilt und ebensowenig ihr alle Einwirkung auf ihr Vermögen entzieht, so scheint es mir dennoch in dem Wesen dieser Vormundschaft zu liegen, dass wer unter ihr steht, ohne Willen des Vormundes überall keine Schuld eingehen kann[147]), nicht nur keine Schuld, die so lange nicht wirkt, als die Vormundschaft dauert, sondern auch keine, welche erst nach deren Beendigung wirkt. Es scheint mir diess so tief im Bewusstsein des Volkes zu liegen, dass im Leben kaum je ein Zweifel sich erheben wird, ausser wenn er seine Quelle in fremder Theorie hat. Ganz zutreffende Stellen aus unsern Rechtsbüchern weiss ich freilich keine anzuführen. Doch mögen folgende wenigstens darauf hinweisen, wie wenig unser Recht an jene Unterscheidung denkt.

> Gerichtsbuch v. 1553: „Wir behalten vnns ouch vor, gägen gemelten Frowen, so sölliches hinder Iren Eemannen — thetten, Ouch gägen denen, so mit sollichen beuogteten personen hanndlen vnnd vff borg gäben, Ir gebürliche straff."

Hält das Statut den Verkehr mit einer Ehefrau hinter dem Rücken ihres Mannes sogar für etwas Strafbares, so ist nicht zu glauben, dass es dessen ungeachtet eine Schuld jener Art anerkennen werde.

§. 25. Handelsfrauen.

Von der in der Vormundschaft des Mannes liegenden Beschränkung der Handelsfähigkeit sind die Handelsfrauen befreit. Schon vor der Ehe konnte die Frau ein eigenes Geschäft auf ihre Rechnung betreiben. Zur Fortsetzung desselben bedarf es nun freilich der Zustimmung des Ehemannes, dessen eheliche Vormundschaft durch

147) Vergl. auch Cropp Abthl. I. S. 10.

diess Verhältniss in starkem Masse betroffen wird. Sobald er aber die Frau gewähren und ihr Geschäft weiter betreiben lässt, so ist eben in dieser faktischen Zulassung bereits die erforderliche Zustimmung enthalten, und es dauert das früher schon bestandene Rechtsverhältniss einfach fort.

Es darf daher in keiner Weise präsumirt werden, dass von nun an der Mann, wie er sonst als Haupt der Ehe zu betrachten ist, auch als Chef der Handlung gelte. Als Handelsfrau kann die Ehefrau vielmehr auch für die Zukunft eine selbständige Stellung behaupten, auch ohne Vorwissen des Ehemanns gültig contrahiren und das ganze Geschäft auf eigene und alleinige Rechnung und Gefahr fortführen. Sie kann mithin auch während der Ehe Schulden eingehen und dafür nöthigenfalls zum Concurse getrieben werden.

Der Mann kann die Betreibung nicht hindern, weder aus dem Gesichtspunkte seiner ehelichen Vormundschaft noch aus dem seiner ehelichen Nutzung. Dafür haftet er denn aber auch nicht mit seinem eigenen Vermögen für die Handelsgeschäfte seiner Frau.

Wir müssen auf das nämliche Raisonnement gestützt noch weiter gehen. So weit nämlich die Handlung der Frau reicht, so weit ist die eheliche Vormundschaft zwar nicht aufgehoben aber suspendirt. Die Handelsfrau kann daher selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Ehemanns einzelne Geschäfte gültig abschliessen, vorausgesetzt nur, dass sie sich auf ihre Handlung beziehen. Denn es verträgt sich nun einmal nicht, dass die Freiheit der Handelsfrau nur eine halbe sei, weder mit ihrer Stellung, indem sie die Gefahr des ganzen Geschäftes allein trägt, noch mit den Grundsätzen des Verkehrs und dem damit verbundenen Credite. Entweder also der Mann gibt seine allgemeine Zustimmung für Fortbetreibung der Handlung durch die Frau, und dann darf er sie überall nicht im Einzelnen hemmen, oder er verweigert seine Zustimmung, und dann hört die Frau in allen Beziehungen auf, Handelsfrau zu sein.

Die eheliche Vormundschaft ist aber auch im erstern Falle nicht aufgehoben, sondern nur suspendirt. Darum kann der Mann, auch wenn er seine Zustimmung zu der Fortsetzung des Handelsgeschäftes schon ertheilt hat, doch dieselbe in der Folge wieder zurück nehmen und der Frau die Eigenschaft einer Handelsfrau entziehen. Freilich darf dieser Widerruf nicht zu unpassender Zeit und nicht auf eine dolose Weise geschehen. Er darf nicht geschehen, nur um die Frau, etwa um einer beabsichtigten oder bereits eingeleiteten Scheidung willen, in Verlegenheit zu stürzen, noch um den Creditoren Schaden zuzufügen. Es sind auch diese Verhältnisse nach Grundsätzen der Billigkeit und des guten Glaubens zu berücksichtigen[148]). Aber eben so wenig kann der Ehemann genöthigt werden, fortdauernd gegen seinen Willen von seiner ehelichen Vormundschaft, die ihm von Rechtes wegen gebührt, keinen Gebrauch zu machen.

Ausser den beiden erörterten Fällen, in denen die Handelsfrau entweder ihre Handlung auf eigene Rechnung fortsetzt oder ganz aufgibt, kann es noch vorkommen, dass die Handlung von beiden Ehegatten gemeinschaftlich fortbetrieben wird. Nach französischem Rechte freilich verliert in diesem Falle die Frau ihre Eigenschaft als Handelsfrau nothwendig[149]). Eine positive Vorschrift der Art kennt unser Recht aber nicht, und die Möglichkeit, dass sie auch in einem solchen Falle Handelsfrau bleibe, ist nicht ausgeschlossen. Es kann sich das Verhältniss so machen, dass der Ehemann selbst einen gleichartigen Handel besessen hat, mit welchem sich nun die Handlung der Frau vereinigen lässt oder auch so, dass er ohne solche Veranlassung dennoch sich ihres Geschäftes selbst annimmt. Es frägt sich dann: In welche Stellung geräth nun die Frau? Bleibt sie Handelsfrau und Mitgenossinn oder wird sie zur blossen Gehülfinn?

---

148) Vergl. Pardessus Cours de Droit commercial. Paris 1821. §. 64.

149) Code de Commerce 5.: «Elle n'est réputée telle (marchande publique) que lorsqu'elle fait *un commerce séparé.*"

Ganz allgemein und unbedingt lässt sich die Frage nicht beantworten. Es kommt auf die faktischen Verhältnisse an. Im Zweifel darf man aber geneigt sein zu der Annahme, dass das Geschäft nunmehr unter der Leitung des Ehemannes stehe, dass auf ihn die Gefahr übergegangen sei, und ihm auch der Gewinn zunächst zukomme[150]). Die Gründe dafür liegen theils in dem Princip der ausgedehnten ehelichen Vormundschaft, welche den Mann als Haupt des Hauses und insbesondere als alleinigen Verwalter des beiderseitigen ehelichen Vermögens hinstellt, theils in dem Princip des ehelichen Niessbrauches, welches bewirkt, dass zunächst der ganze Ertrag des beiderseitigen Vermögens sowohl als der beiderseitigen Arbeit dem Manne zufällt, der die Kosten für die Ehe daraus zu bestreiten hat. Sobald daher der Ehemann als Chef der Handlung sich darstellt, so wird bei dem hierorts geltenden Güterrechte Jedermann, wer im Verkehr mit der Handlung tritt, voraussetzen, dass er sich an den Ehemann zu wenden und an ihn zu halten habe, und die Frau als solche wird bei ihm keinen persönlichen Credit mehr geniessen. Er wird dieselbe nun lediglich als Gehülfinn des Mannes betrachten, welche dessen Aufträge zu vollziehen habe, und unter seiner Aufsicht und Leitung stehe.

Nur in den in neuerer Zeit seltener gewordenen Fällen, in welchen das Geschaft auf gemeinsame Gefahr und Rechnung betrieben wird, und die Ehefrau mit dem Manne den Gewinn und Verlurst theilt, ist das Verhältniss allerdings ein anderes und es haftet dann die Frau mit und neben dem Manne ähnlich einer Gesellschafterinn[151]). Die Einrichtung des Ragionenbuches wird in dieser Hinsicht die Beweise sehr erleichtern. Da nämlich, wer immer Handel treiben will, sich in das Ragionenbuch einzutragen verpflichtet ist, und ebenso jede Personalveränderung der Handlungseigenthümer oder sonst dabei Interessirten vorzumerken ist, unter

150) Vergl. Gropp Abhandl. I. S. 9. ff.

151) Mon. Ch. IV, S. 435. ff.

der Androhung, dass dritte Personen sich an die früher vorgemerkten Theilnehmer inzwischen zu halten berechtigt sind, so wird jede Handelsfrau den Creditoren der Handlung, auch wenn sie sich in der Folge verheirathet und der Ehemann sich ihres Geschäftes annimmt, doch so lange zu haften haben, bis der Uebergang ihrer Handlung auf den Ehemann eingetragen sein wird. Soll dann nach dem Willen der Ehegatten die Handlung auf gemeinschaftliche Rechnung fortgeführt werden, so ist auch dieser Entschluss in dem Ragionenbuche vorzumerken, und die Verkehrtreibenden Dritten erhalten dadurch von jenem Willen genaue Kenntniss[152]).

Dessen ungeachtet ist die Erörterung jener Grundsätze nicht überflüssig geworden; denn die Verpflichtung der Frau, für Handelsschulden einzustehn, kann möglicher Weise doch fortdauern, wenn schon sie in dem Ragionenbuch nicht mehr als Eignerinn der Handlung erscheint und die des Mannes doch entstehen, wenn schon er in dem Ragionenbuche noch nicht als Eigner eingetragen ist.

Ganz kurz lässt sich nunmehr der Fall abthun, wenn eine verheirathete Frau, die nicht schon als Handelsfrau in die Ehe getreten ist, erst während derselben eine Handlung auf eigene Rechnung zu eröffnen wünscht. Dazu bedarf es nun wieder der Zustimmung des Ehemannes. Und auch in diesem Falle muss sich der Ehemann, wenn er nicht als eigentlicher Chef der Handlung entweder allein oder neben seiner Frau angesehen werden will, theils vor persönlicher und selbständiger Theilnahme oder Leitung des Geschäftes hüthen, theils für die gehörigen Einträge in das Ragionenbuch besorgt sein.

---

152) Rathsverordnung über die Ragionen v. 23. Febr. 1780. und 30. Nov. 1789. A. S. VI. S. 161. ff. und 267. ff. Gesetz v. 25. Sept. 1835. N. S. IV. S. 38. ff.

§. 26. Die Güterverhältnisse nach Aufhebung der ehelichen Vormundschaft.

A. Nach dem Tode des Mannes.

Die Aufhebungsgründe der ehelichen Vormundschaft haben nun darin eine Aenderung erfahren, dass als häufiger Fall die Scheidung zur Sprache kommt.

A. 1. Die Ehe wird durch den Tod des Mannes aufgelöst. In einzelnen Statuten erhielt sich das ältere Recht fortdauernd. Andere, und namentlich das Stadtrecht von Zürich erlitten bedeutende Modificationen. Allen gemeinsam ist, dass die Wittwe ihr zugebrachtes Gut zurück erhält.

2. Ebenso findet sich auch noch durchgängig eine Morgengabe erwähnt, und wenn sie schon in der neuern Sitte nicht mehr recht lebendig ist, so kommt sie doch sogar in den Städten noch in einzelnen Anwendungen vor. In den neuern Recensionen des Kyburger Grafschaftsrechtes wird die Morgengabe noch immer auf 5 Pfund gesetzt, wenn der Mann nicht eine andere verheissen hat. Das Regensperger Herrschaftsrecht v. 1538. Art. 98. (Pest. I. S. 209) bestimmt sie in diesem Falle auf 6 Pfund; das Herrschaftsrecht von Uhwiesen v. 1603. Art. 24. (Pest. I. S. 151.), von Weiningen v. 1637. Art. 1. (Pest. I. S. 114.), das Erbrecht von Flaach v. 1658. Art. 1. (Pest. I. S. 14.), das Herrschaftsrecht von Grüningen v. 1668. Art. 9. (Pest. I. S. 64.) und noch das Stadtrecht v. Winterthur v. 1779. Art. 6. (Pest. I. S. 13.) stellen sie auf 10. Pfund. Nach dem Stadtrechte von Kaiserstuhl v. 1680. Art. 16. (Pest. II. S. 22.) beträgt sie 50 Gulden, somit das Zehenfache der vorigen Bestimmungen. Und nach dem Stadtrechte v. Zürich v. 1716. Th. II. §. 5. S. 30. wird als gemeiner Brauch angeführt, dass sie 101 Kronen betrage, zugleich aber verstattet, eine Morgengabe von höchstens 101 Dukaten zu verheissen. In andern Beziehungen hat sich denn aber das Züricherstadtrecht von

dem ältern Rechte entfernt, einmal indem es keinen eigenthümlichen Beweis für die Grösse der Morgengabe durch Eid der Frau mehr zulässt, dann indem es wieder anerkennt, was in der Zwischenzeit verkannt worden war[153]), nämlich, dass die Morgengabe immer der Frau zu Eigenthum gehöre. Insofern lässt aber auch dieses neuere Stadtrecht noch eine eigenthümliche Beerbung zu, als nur die Kinder einen Antheil an der Morgengabe erhalten, von deren Vater die Morgengabe herkam, nicht aber auch die Kinder, welche von der Mutter in einer andern Ehe geboren wurden[154]).

3. Das Eherecht, welches der Wittwe noch immer zusteht, ist nun aber, im Gegensatze zu der Rathserkanntniss von 1558[155]) wieder sehr zusammengeschrumpft nach dem Stadterbrechte von 1716. Es gehört nämlich dahin:

> Das Gabgeld, so ihnen an der Hochzeit verehrt worden, das beste Stück von des Manns Kleidern und Waffen, wie auch sein Bräutigambett und Kasten.

Unter dem Gabgeld[156]), so ihnen an der Hochzeit verehrt worden, sind die sämmtlichen Geschenke zu verstehen, welche den neuen Ehegatten von Seite ihrer Verwandten und Freunde zum Eintritt in die Ehe der Sitte gemäss gemacht werden. Sie bilden in der Regel den bedeutendsten und werthvollsten Theil dieses Eherechts. Dass sie zu diesem gerechnet werden, passt sehr gut zu der ursprünglichen Bedeutung dieser Hochzeitgeschenke. Bett und Kasten bilden aber von jeher die Grundlage des sogenannten Eherechtes. Ob sie in allen Fällen auch das beste Stück von des Mannes Kleidern und Waffen nehme oder nur, wenn

---

133) Siehe oben Buch III. §. 23. S. 432.

154) E. R. von 1716. Th. II. §. 5. S. 29.

155) Oben Buch III. §. 23. S. 433.

156) Das Erbrecht v. Flaach v. 1658. Art. 7. Pest. I. S. 109. erklärt den Ausdruck so: «was nöüwen Ehlüthen von den hochzytgesten verehrt vnd gegaabet worden."

keine Kinder aus ihrer Ehe vorhanden sind, ist einiger Massen zweifelhaft, indem die Stellen, welche von dem Falle der beerbten Ehe sprechen, dieser Stücke nicht mehr ausdrücklich gedenken. Doch ist wohl eher das Erstere anzunehmen, indem dieselben unzweifelhaft der Wittwe auch dann zukommen, wenn der Mann Kinder aus einer frühern Ehe hinterlassen hat, und aus den mangelhaften Aufzählungen bei der sehr ungenauen Redaktion nicht sofort auf bewusste Weglassung geschlossen werden darf[157].

In den übrigen Statuten, mit Ausnahme des Grafschaftsrechtes von Kyburg und des Amtsrechtes von Regenstorf, ist diess Eherecht fast spurlos[158]) verschwunden; doch mag die Sitte hier und da noch einzelne Anwendungen fest gehalten haben. Jenes Grafschaftsrecht lässt der Frau ein Bett und das beste Kleid des Mannes, dieses Amtsrecht lediglich das Festkleid des Mannes zukommen.

4. Die Grundsätze über die statutarische Portion, welche der Ehefrau an der übrigen Verlassenschaft des Mannes zukommen soll, haben sich in dieser Periode sehr verändert. Die Richtung, die wir schon seit dem frühern Mittelalter beobachtet haben, die Ansprüche der Frau zu ermässigen, findet sich auch in der neuern Zeit fortgesetzt. Sie hängt zusammen mit der allgemeinern, die beiderseitigen Vermögen immer mehr als getrennte Gütermassen zu behandeln. Es ist zwar eine Verbindung derselben in der Ehe der Benutzung und Verwaltung nach als Charakter unsers Güterrechtes geblieben, aber das Bewusstsein, dass es doch verschiedene Vermögen seien, ist klarer geworden und auf die Behandlung von grossem Einfluss gewesen.

Zwar bildet die Richtung zur Gütergemeinschaft hin, welche sich an einzelnen Orten geltend machte, einen entschiedenen Gegensatz dazu. Und doch gehört auch sie vorzüglich der neuern Zeit an. Dem ungeachtet zeugt

---

157) E. R. v. 1716. Th. II. §. I. S. 19. 21. 22. und 24.

158) Eine Spur zeigt sich noch im Regensbergerherrschaftsrecht v. 1538. Art. 97. (Pest. I. S. 209.) bezüglich auf die Kleider.

diese Erscheinung nicht gegen unsere Bemerkung; denn es wird Jeder zugeben, dass die Gütergemeinschaft aus dem älteren Rechte des ungezweiten Gutes hervorging, aus der neuern Gestaltung des ehelichen Güterrechtes aber, welcher die innere Zweiung trotz der äussern Vereinigung so klar bewusst ist, nicht mehr hervorgehen könnte. Während somit die Richtung im Ganzen die oben bezeichnete war, kat sich allerdings von der nämlichen Grundlage aus ein einzelner Strahl nach einem andern Ziele hingewandt.

Auf der Landschaft erhielt sich das frühere Recht viel länger als in dem Stadtrechte. Es stimmen mit dem ältern Rechte der Frau auf einen Drittheil der Fahrhabe noch überein: das Knonauer Amtsrecht v. 1535. Art. 50. (Pest. I. S. 239.), welches überdem der Frau die Wahl verstattet, ob sie den Drittheil, der ihr an den Feldfrüchten gebührt, von dem in Scheune oder Kasten Vorhandenen, oder aber von den „Blumen vff dem feld", d. h. den Saatfrüchten, welche noch auf dem Felde stehen, beziehen will; ferner das Herrschaftsrecht v. Regensberg v. 1538. Art. 94. 95. (Pest. I. S. 208.), welches aber den Drittheil der Fahrhabe anders nämlich so fasst, dass die Frau, wenn sie es vorzieht, statt das Ihrige einfach zu behalten, zu drittheilen, ihre Fahrhabe einwerfen muss, und so von der gesammten Fahrhabe den Drittheil bekommt, und will sie nicht drittheilen, so hat sie, wenn Kinder vorhanden sind, so lange sie sich nicht wieder verehelicht, bei kinderloser Ehe auf Lebenszeit die Verlassenschaft leibdingsweise zu nutzen[159]), Art. 92. 93. (Pest. I. S. 207. 208.); das Grafschaftsrecht v. Kyburg v. 1578. Art. 43. erläutert 1604., welches die Wittwe berechtigt, „den dritten Theil in allen (aller) dess Manns verlassnen farenden Haab und ihr Freye Morgen-Gaab" zu nehmen, zugleich aber verpflichtet, den dritten Theil nicht aller Schulden überhaupt, sondern des „Lidlohns, so in Jahrs-

159) Vergl. über diesen Gegensatz auch Finsler in der Mon. Chr. IX. S. 158.

frist verdienet Ist", zu bezahlen; — das Amtsrecht v. Regenstorf v. 1603, welches der Wittwe den dritten Theil der Fahrhabe überlässt, zugleich aber einen Drittheil der „fahrenden Schulden" überbindet; — das Herrschaftsrecht v. Grüningen v. 1668. Art. 9. (Pest. I. S. 54.), welches der Wittwe, so lange sie unverändert bleibt, oder bis zu sonstiger Ausscheidung mit den Kindern, den leibdingsweisen Genuss der ganzen Verlassenschaft zusichert, zur Zeit der Absonderung aber wieder den dritten Theil der Fahrhabe des Mannes verstattet und den dritten Theil der Schulden überbindet, insofern sie jenen beziehen will.

5. Das Amtsrecht v. Uhwiesen v. 1603. sichert dagegen in der Regel der Wittwe keinen Antheil an der Verlassenschaft des Mannes zu Eigenthum zu. Sind keine Kinder aus ihrer Ehe vorhanden, so hat sie Nutzniessung am Ganzen bis zur Wiederverehelichung, von da an nur noch an einem Drittheile derselben, der sich auf Liegendes und Fahrendes gleichmässig bezieht. Ueberdiess erhält die Frau das Ihrige und die Errungenschaft des Wittwenstandes heraus[160]. Art. 25. (Pest. I. S. 151.) Art. 40. (S. 160.) Ist ihre Ehe eine beerbte, so erhält sie nach vorheriger „beschrybung aller haab vnd güter", die Gewere über das gesammte gemeine Vermögen der Ehe mit der Verpflichtung die Kinder zu erziehen und seiner Zeit auszusteuern. Sind die Kinder „zu iren manbaren jaren und tagen vff die zwentzig jar" gekommen, oder verheirathet sich die Wittwe auf's neue, so behält sie ausser dem Ihrigen nur noch einen Kindestheil an der väterlichen Verlassenschaft, aber nicht zu Eigen, sondern nur zu Leibding. Genügt dieser Kindestheil nicht, um in Verbindung mit ihrem eigenen Vermögen der Wittwe eine gehörige ökonomische Existenz zu verschaffen, so sollen die Kinder

> iro inn ires vaters sesshuss herberg, vnd vsser ires vaters verlassenschafft ein lybding zugeben schuldig syn. Also des

---

160) So sind die beiden Artikel, die sich gänzlich zu widersprechen scheinen, wohl zu vereinigen.

> biderblüht erkhennen khönnend, das es gnugsamm syge. Art. 32. (Pest. I. S. 155. 156.)

Sind Kinder aus zweien Ehen, einer frühern des Mannes und der letzten vorhanden, so wird die väterliche Verlassenschaft ganz unter die beiderseitigen Kinder vertheilt. Art. 35. (S. 157.), wobei indessen wohl eine ähnliche Verpflichtung der Kinder aus zweiter Ehe, für ihre Mutter zu sorgen, wie die eben angeführte, zu ergänzen ist. Sind nur Kinder aus einer frühern, Ehe des Erblassers vorhanden, so hat die Wittwe die Wahl, ob sie von der ehelichen Errungenschaft einen Kindestheil zu Eigen oder von der ganzen väterlichen Verlassenschaft einen Kindestheil zu Leibding beziehen wolle. Art. 37. (S. 158.) Es ist das der einzige Fall, in welchem möglicher Weise ein Theil der Verlassenschaft eigenthümlich der Wittwe zufällt.

Aehnlich stellt sich das Erbrecht v. Flaach v. 1658. Ist die Ehe unbeerbt, so erhält die Wittwe die Verlassenschaft ihres Mannes zu Leibding, bis sie sich wieder verheurathet, von da nur die Hälfte derselben. Ist die Ehe beerbt, so darf sie

> Vff dem verlassenen gantzen hab vnd gutt, so ess ihro gefehlig, ohne schweinerung dess Hauptgutts, gar wol hussen, wie von altem haro;

muss dann aber die Kinder aus der väterlichen Verlassenschaft aussteuern. Will sie dieselbe den Kindern ganz übergeben, so wird ihr doch an einem „nach Beschaffenheit der Verlassenschaft" zu bestimmenden Theile derselben Leibding zugesichert. Tritt sie aber in eine zweite Ehe, so verliert sie dann jeden Leibdingsgenuss. Art. 2. und 3. (Pest. I. S. 105. und 106.)

6. Das Amtsrecht v. Weiningen v. 1637. weiss überall nichts von einer statutarischen Portion des Ehegatten. Art. 1. (Pest. I. S. 113.) Art. 4. (S. 115.) Einzig verstattet es der Wittwe, die ihre Kinder bei sich erzieht, die väterliche Verlassenschaft so lange im Besitze und zu Genusse haben, bis

dieselben zu ihren Tagen kommen und ihren Antheil aushin begehren.

7. Das älteste Stadtrecht von Winterthur v. 1297 hatte bei kinderloser Ehe der Wittwe die ganze Fahrhabe und die in der Ehe errungenen Liegenschaften zu Eigen zugetheilt. Das Stadtrecht von 1526. hatte jenen Anspruch auf die Fahrhabe auf ein Drittheil beschränkt[161]). Verfolgen wir nun die Veränderungen weiter, so überlässt das Stadtrecht v. 1531. (III. 4.) der Frau die errungenen Liegenschaften nur noch zur Hälfte zu Eigen und die andere Hälfte zu Leibding. Das Stadtrecht von 1630. verändert diese Bestimmung dahin, dass es nicht mehr das während der Ehe errungene Eigen (liegende Gut) der Fahrhabe und dem Erbeigen entgegen setzt, sondern den Begriff der ehelichen Errungenschaft, beziehe sie sich nun auf liegendes oder fahrendes Gut, neu einführt, und daran der Wittwe zur Hälfte Eigenthum zur Hälfte Leibdingsgenuss gewährt. Art. 4. (Pest. I. S. 135.) Von da an konnte sich dann der Drittheil, welcher der Wittwe an der Fahrhabe gebührt, nur auf das Rest der Fahrhabe nach Abzug der ehelichen Errungenschaft beziehen[163]). Das Stadtrecht v. 1720. Art. 6. (Pest. I. S. 47.) dehnt das Leibdingsrecht der Wittwe über die ganze Verlassenschaft aus, bis sie sich wieder verheirathet, und beschränkt dasselbe, nur im letztern Falle auf die eheliche Errungenschaft. Der Drittheil an der Fahrhabe bleibt dessen ungeachtet stehen. Art. 2. (S. 46.) Das Statut von 1738. ordnet von neuem eine Theilung der Fahrhabe an, zu zwei Drittheilen für die Erben des Manns,

---

161) Oben Buch II. §. 31. S. 286. Buch III. §. 23. S. 436.

162) Vielleicht war die neue Bestimmung nur aus Missverständniss der alten hervorgegangen. Wenigstens ist es auffallend, dass von 1630. an nicht mehr von errungenem „Zinseigen oder ledigem Eigen" die Rede ist, sondern von „Zins, Eigen oder ledigem Eigen." Die Spätern kannten den alten Ausdruck Zinseigen nicht mehr und machten daher Zinse und Eigen daraus, wodurch sie denn freilich von dem ausschliesslichen Blicke auf Grundstücke abgewendet und getrieben wurden auch anderes Eigenthum und sogar Forderungen hinein zu ziehen.

zu einem Drittheil für die Frau in kinderloser Ehe, beschränkt dann aber die Nutzniessung der Frau, so lange sie unverändert bleibt, auf die übrige Verlassenschaft und den Vorschlag, nach ihrer Wiederverehelichung auf diesen allein und überlässt der Frau nur noch den dritten Theil der ehelichen Errungenschaft zu Eigen. Art. 4. und 11. Ebenso die neuern Recensionen v. 1760. und 1779. (Pest. I. S. 12. und 14.)

Eine andere bedeutende Veränderung führte das Stadtrecht v. 1720. oder vielmehr schon das von 1711. ein[163]), nämlich, dass die Frau nicht mehr den Drittheil der Schulden mit ihrem Drittheil der Fahrhabe zu tragen habe. Diese Veränderung wurde aber doch wieder nicht consequent durchgeführt, sondern nur dahin festgehalten, dass die Schulden vorerst von der ehelichen Errungenschaft abgerechnet werden sollen, wenn diese nicht zureicht aber von dem liegenden Gute, und erst wenn dieses nicht genügt, von der Fahrhabe. Ist somit weder Errungenschaft noch liegendes Gut vorhanden, so muss allerdings die Frau die Schulden insofern mit tragen, als sie nur einen Drittheil der Fahrhabe nach Abrechnung der Schulden erhält[164]). Das fahrende Gut ist dann aber in diesem Zusammenhange im Vergleich mit der frühern Zeit so sehr beschränkt worden, dass der Drittheil vieles von seiner vormaligen Bedeutung verloren hat. Es werden nämlich keinerlei Forderungen mehr dahin gezählt, ebensowenig Gewerbs-Krämer Handwerkswaaren, der zum Gewerbe gehörige Viehstand und Bibliotheken; und selbst das Geld und die Früchte hören auf zur Fahrniss gerechnet zu werden, sobald sie ein gewisses Mass übersteigen[165]).

---

163) Nach Jonas Furrer: Das Erbrecht der Stadt Winterthur. Winterthur 1832, S. VIII., wurde diese Aenderung schon 1711. eingeführt. Mir ist das Stadtrecht v. 1711. indessen nicht zu Gesichte gekommen.

164) Erbrecht v. 1720. Art. 3. und 6. (Pest. I. S. 46. 47.) v. 1779. Art 6. und 11. (S. 13. und 15.)

165) Erbrecht v. 1720. Art. 3. (S. 46.) v. 1760. Art. 3. (S. 29.) v. 177. Art. 3. (S. 11.)

Viel kürzer können wir nach dem Gesagten das Erbrecht der Wittwe bei beerbter Ehe behandeln. Das Recht auf den Drittheil der Fahrhabe hat ganz die nämlichen Schicksale erfahren, wie bei der kinderlosen Ehe. Das errungene Eigen (liegende Gut) ging aber von Anfang in diesem Falle nie in das Eigenthum der Wittwe über, sondern wurde ihr nur zu Leibding überlassen. Das Erbrecht von 1630 dehnte dieses Nutzniessungsrecht wieder auf die gesammte Errungenschaft aus, weil es dasselbe in seiner ursprünglichen Beschränkung gar nicht mehr verstand. Und so blieb es denn bis auf die neueste Zeit[166]).

8. In dem Stadtrechte von Zürich erhielt sich das Recht der Frau auf einen Drittheil der Fahrhabe während des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts noch in weitem Umfange. Es wurden fortwährend nicht bloss die eigentlichen Fahrhabestücke, sondern auch alle unversicherten Forderungen und selbst die grundversicherten, wenn sie auf kürzere Zeit als 6 Jahre gestellt waren, zu der Fahrhabe gerechnet, woran der Ehefrau der dritte Theil zustehe[167]). Selbst in dem Entwurfe des Erbrechtes von 1703. noch tritt das Recht der Frau auf den Drittheil deutlich hervor. Dieser Zustand wurde erst durch die Recension des Erbrechtes von 1716. gänzlich verändert, und die Rechte der überlebenden Ehefrau bedeutend verkürzt.

Das Recht auf den Drittheil wird darin nicht mehr erwähnt. Dagegen finden wir ausführliche Bestimmungen aufgenommen über die Rechte der Wittwe, welche sich unterscheiden, je nachdem die Ehe beerbt ist oder nicht, und ob Kinder aus einer frühern Ehe des Erblassers vorhanden sind oder nicht. Wir müssen somit 4 Fälle unterscheiden:

a) Die Ehe ist unbeerbt, und es sind auch keine Kinder des Erblassers aus einer frühern Ehe

---

166) Erbrecht v. 1630. Art. 4. (S. 135.) v. 1720. Art. 5. (S. 47.) v. 1779. Art. 10. (S. 14.)

167) Rathtserk. v. 1677. im Gerichtsbuch.

vorhanden. In diesem Falle erhält die Wittwe als statutarische Portion einen Fünftel der ehelichen Errungenschaft, einen Fünftel des Hausrathes des Mannes, der nun freilich nicht mehr mit der Fahrhabe zu verwechseln ist, zu Eigen, und überdem so lange sie unverändert bleibt, die leibdingsweise Benutzung eines Sechstheils der übrigen Verlassenschaft. Ist keine eheliche Errungenschaft da, so erhält sie den letzten Sechstheil zu Eigen[168]).

b) Die Ehe ist kinderlos, aber es sind aus einer frühern Ehe des Mannes Kinder vorhanden. Dann vermindert sich ihr Recht auf die eheliche Errungenschaft und Hausrath bis auf einen Sechstel, und ihr Recht an der übrigen Verlassenschaft bis auf einen Achtel[169]).

c) Die Ehe ist beerbt und keine Kinder aus einer frühern Ehe des Erblassers vorhanden. Hier bleibt gewöhnlich die Verlassenschaft beisammen und wird von der Frau, so lange die Kinder minderjährig sind, benutzt. Dannzumal hat sie die Kinder gehörig zu erziehen und zur Zeit ihrer erlangten Volljährigkeit oder zum Behuf der Verehelichung aus der väterlichen Verlassenschaft so auszusteuern, dass sie jedem Kind die Hälfte seines vollen Erbtheils herausgeben muss. Sind alle Kinder „verheurathet oder erwachsen", oder will sich die Wittwe selbst von Neuem verheirathen, so muss sie bis auf einen Viertheil der väterlichen Verlassenschaft, den sie auf Lebenszeit zu leibdingweisem Genusse zurück behält, dieselbe ganz heraus geben. Dasselbe findet auch da Statt, wo von

168) Nach dem Entwurfe von 1703. erhielt die Wittwe in diesem Falle einen Drittheil des Hausrathes und einen Drittheil der ehelichen Errungenschaft zu eigen und einen Fünftheil der übrigen Verlassenschaft zu Leibding.

169) Der Entwurf von 1703 weist der Ehefrau einen Kindestheil der Errungenschaft (der aber nie mehr als einen Drittheil betragen darf) zu Eigen und einen gleichen Theil der übrigen Verlassenschaft zu Leibding, wo sich keine Errungenschaft findet, auch diesen zu Eigen zu.

Anfang an die Vormundschaftsbehörden Namens der minderjährigen Kinder ihr die ganze Erbschaft nicht überlassen, sondern Theilung verordnen[170]).

d) In dem vierten Falle, wo Kinder aus dieser und zugleich aus einer frühern Ehe des Erblassers vorhanden sind, erbt die überlebende Wittwe von dem Hausrathe einen Kindstheil zu Eigen und von der übrigen Verlassenschaft einen Viertheil zu Leibding. Dagegen ist hier die leibdingsweise Ueberlassung auch der übrigen drei Viertheile bis zur Volljährigheit der Kinder nicht nur nicht Regel, sondern es wird vielmehr ausdrücklich verordnet, dass auch das Vermögen der Kinder aus zweiter Ehe gesondert verwaltet werden, und wenn die Kinder bei der Mutter bleiben, für dieselben ein Tischgeld verabredet werden soll[171]).

§. 27. B. Nach dem Tode der Frau.

1. Das ältere Recht gab dem überlebenden Ehemanne die hinterlassene* Fahrhabe der Frau gewöhnlich zu eigen, und ihr übriges Vermögen zu Leibding[172]). Auf diesem Rechte beruht auch die spätere Entwicklung, welche wieder die Richtung zu haben scheint, die Rechte des Mannes zu beschränken, wie sie die Rechte der überlebenden Ehefrau auch beschränkt.

Das Grafschaftsrecht von Kyburg v. 1578. Art. 38., das Herrschaftsrecht von Wülflingen v. 1585. Art. 41. 44. und 45. (Pest. II. S. 39. und 40.) und das Amtsrecht

170) Auch hier lässt der Entwurf von 1703. die Wittwe einen Kindestheil höchstens einen Drittheil der Verlassenschaft zu Eigen beziehn.

171) Erbrecht von 1716. Th. II. §. 1. (S. 19. ff.) Nach dem Entwurf von 1703. verhält sich dieser Fall zu dem vorigen analog wie nach dem Gesetze von 1716.

172) Oben Buch III. §. 23. S. 437.

v. Regenstorf v. 1603. halten das ältere Recht ganz fest, und theilen dem überlebenden Ehemanne die ganze Fahrhabe der Frau zu Eigen und das übrige Gut zu Leibding zu. Das Knonauer Amtsrecht. v. 1535. Art. 51. (Pest. I. S. 240.) gibt dem Manne nur einen Drittheil der Fahrhabe mit Ausschluss der Morgengabe zu Eigen und sagt nichts von einer Nutzniessung desselben.

Das Herrschaftsrecht von Grüningen v. 1668. Art. 8. (Pest. I. S. 64.) überlässt dem Manne das „gwand, Hussrath und Bether" der Frau zu Eigen. Von dem alten Rechte auf die ganze Fahrhabe ist somit nur ein Recht auf einzelne Stücke derselben geblieben, freilich gerade die, welche in einer besonders engen Beziehung zu der Haushaltung stehn. Ausserdem erhält der Wittwer noch einen Drittheil der übrigen Verlassenschaft sowohl des liegenden als des fahrenden Gutes zu Leibding[173]).

Nach den Statuten von Regensberg, Uhwiesen und Flaach ist das Recht die Fahrhabe zu beziehen noch mehr verkürzt oder ganz erloschen, das Recht der Nutzniessung dagegen unter gewissen Beschränkungen erhalten geblieben. Nach dem Herrschaftsrechte von Regensberg Art. 92. 93. 97. (Pest. I. S. 207—209.) erhält der überlebende Ehemann bei kinderloser Ehe nur die Kleider der Frau noch zu eigen, wie auch sie hinwieder die seinigen, wenn sie ihn überlebt. Sonst beschränkt sich das Recht des Mannes auf die Nutzniessung der Verlassenschaft bei kinderloser Ehe auf Lebenszeit, bei beerbter Ehe bis sich der Wittwer wieder verehelicht[174]).

---

173) Noch 1525. heisst es in einer Beschwerdeschrift der Bauern v. Greiffensee, wo 1691. das Grüningererbrecht ebenfalls eindrang (Pest. II. S. 1.): „Meinen wir; Wenn einem sein Weib stirbt, dass dann ihre Kinder oder nächste Erben nicht zufahren, ihr gut zu erben, sondern der Mann sein Lebtag das brauchen soll, ohne Schaden des Hauptsguts. Doch mag einer, der dessen nothdurftig wäre, täglich 5 S. darein verzehren. Dagegen erbt die Frau den dritten Theil der fahrenden Habe, und den Winkel im Haus, so lang sie unverändert bleibt wie von Altem her."

174) Das Statut ist zwar sehr undeutlich abgefasst, aber doch obiges

Die Bestimmungen des Herrschaftsrechtes von Uhwiesen v. 1603. sind wieder ziemlich ausführlich. Bei kinderloser Ehe erbt der Mann der „frauwen kleider, Cleinoter vnd was zu irem lyb gehört" zu Eigen, und erwirbt an der ganzen übrigen Verlassenschaft Leibdingsgenuss auf Lebenszeit, er verheirathe sich wieder oder nicht. Art. 26. (Pest. I. S. 152.) Ist die Ehe mit Kindern gesegnet, so erhält er nichts zu Eigen. Sein Nutzniessungsrecht erstreckt sich zwar noch auf die ganze Verlassenschaft; aber mit der Verpflichtung, die Kinder, wenn sie zu ihren „mannbaren jaren vnd tagen" gekommen, auszusteuern. Und wenn er dann in der Folge eine zweite Ehe eingeht, so vermindert sich sein Leibdingsgenuss bis auf einen Kindstheil. Art. 33. 34. (S. 156. 157.) Die übrigen Theile muss er dann sogleich herausgeben. Endlich wenn aus einer frühern Ehe der Erblasserinn Kinder vorhanden sind, die letzte Ehe aber unbeerbt ist, so erhält der Mann nur einen Drittheil der Erbschaft zu Leibding. Art. 38. (S. 159.)

Das Erbrecht von Flaach v. 1658. hat auch die letzte

---

wohl der Sinn desselben. Ich will die Art. 92. und 93. hersetzen: 92. «Item wenn zwei Mentschen inn Eelichen wässen zusamen kommend, vnnd on lybeerben absterbend, vnnd gut da ist, es syge ligennds oder varennds, vnnd von iren Elteren keyn gut er Eerpt, vnnd alles das gut das sy byeynannder überkomen hannd, mag yedes nutzen vnntz zu ennd syner wyl, Ob aber eyntweders gut zu dem anndern brechte, vnnd wellichs denn sturbe von dem annderen sollend sy zu dem ersten ir gewunnen Gut angryffen, vnnd syner notburfft nach verthun vnnd so das gewunnen gut verthan ist, mag denn eyns das gut, so im das annder zupracht hat, ouch angryffen, vnnd alltag daruon verthun fünff schilling." Der Gegensatz der ehelichen Errungenschaft und des Erbgutes, der hier hervorgehoben wird, hat nicht den Sinn, als ob sich die Nutzniessung nur auf jene beschränkte, sondern wird nur insofern erörtert, um einen Unterschied zu begründen in dem Angreifen und Aufbrauchen des Leibdinggutes. Art. 93. „Item wenn zwey menntschen inn Eelichem wessen zusamen komend, vnnd beyde kein Eeliche kynnd zusamen bryngennd (nämlich aus frühern Ehen), vnnd eyntweders von dem annderen mit thod abgaat, vnnd sy schon lyberben hand, mag es beyder gut nutzen, vnntz es sich verenndert inn Eelichem wesen, denn soll dess abgestorbnen gut den Eerben heym gfallen sin."

Spur eines Rechtes des Manns auf die Fahrhabe aufgegeben und bestimmt vielmehr ausdrücklich, dass Kleider und Kleinodien „stracks nach dem fahl (Tod) den natürlichen Eerben zugestelt werden" sollen. Die übrige Verlassenschaft dagegen verbleibt dem überlebenden Manne zu leibdingsweisem Genusse bis er sich wieder verehelicht. In diesem Falle vermindert er sich aber bei kinderloser Ehe sofort, bei beerbter Ehe, wenn die Kinder bereits zu ihren Tagen gekommen auf die Hälfte. Art. 2. und 3. (Pest. I. S. 105. und 106.)

2. Das Stadtrecht von Winterthur gewährt noch in seiner neusten Recension von 1779. dem Manne das Eigenthum an der hinterlassenen Fahrhabe der Frau, sei die Ehe beerbt oder nicht. Aber der Ausdruck Fahrhabe hat nun einen ganz beschränkten Sinn erhalten. Es versteht darunter nur „des Weibs Kleider, Kleinodien, Silbergeschirr, Hausrath, Bettwatt und anders, so zu seinem Leib gehört," nicht aber bares Geld, Früchte noch alle andern Sachen[175]. Es hat sich somit in dieser Beziehung die Stellung der beiden Begriffe fahrendes und liegendes Gut umgekehrt. Während man in der ältern Zeit immer von dem Begriffe des liegenden Gutes ausging und alles Uebrige zum fahrenden rechnete, so hat jetzt der Begriff der Fahrhabe einen engen festen Kreis erhalten, und alles Uebrige, was nicht speciel dahin verwiesen ist, wird zum liegenden Gute gerechnet; eine Umkehrung dieser Verhältnissbegriffe, die sich freilich in andern Statuten auch öfters findet.

Ferner erhält der Mann sowohl in kinderloser als in beerbter Ehe die Nutzniessung an der weiblichen Verlassenschaft, so lange er in unverändertem Zustande verbleibt.

175) Erbrecht. v. Winterthur v. 1720. Art. 2. und 4. (Pest. I. S. 45.) v. 1779. Art. 2. und 4. (S. 11. und 12.) Jene Beschränkung der fahrenden Habe hatte ursprünglich einen ganz andern Sinn. Sie bezog sich auf die Ausrichtung der Frau aus dem Vermögen des Mannes mit Bezug auf ihr Zugebrachtes, nicht aber auf die statutarische Portion des letztern. Es ist das lange nicht die einzige Bestimmung des Winterthurerrechts, deren Quelle in Missverständniss zu suchen ist.

Verheirathet er sich wieder, so ist er schuldig, *a)* gegenüber den Kindern, welche entweder verheirathet sind oder das dreissigste Jahr erfüllt haben, ihren Erbantheil ganz heraus zu geben; *b)* gegenüber dritten Erben der Frau ebenfalls zunächst das ganze Weibergut, mit einziger Ausnahme der ehelichen Errungenschaft. Art. 9. und 12. (Pest. I. S. 14. und 16.) Die Grundsätze über diese haben sich auch mit Rücksicht auf den Mann wunderlich verändert. Weil nämlich in der Folge das Recht der Frau auf die in der Ehe errungenen Grundstücke beschränkt wurde, so beschränkte man nun gleichmässig auch die Rechte des Mannes, dehnte aber eben dadurch die Rechte der Erben der Frau aus. Wenn ursprünglich diese wie alle übrige Errungenschaft dem Manne verblieb, so war das nur dem gemeinen Rechte gemäss, welches den Mann als das Haupt der Ehe anerkennt und die Verwaltung des gesammten Vermögens ihm zu seinem Gewinne oder Verlurste zutheilt. Ausnahmsweise hatte das alte Stadtrecht von Winterthur aber der Frau, wenn sie den Mann überlebte, diesen Theil des errungenen Gutes zugewendet. Das Statut v. 1531. theilte nunmehr zuerst das errungene liegende Gut in zwei gleiche Theile, von denen nur der eine dem überlebenden Ehegatten zu Eigen, der andere aber den Erben des Verstorbenen zufallen sollte, und liess dem überlebenden Ehegatten an dieser letzten Hälfte nur noch Leibdingsgenuss auf Lebenszeit zu. So hatte die in ganz anderem Sinne geschehene Gleichstellung der Frau mit dem Manne in der Folge Wirkungen hervorgebracht, welche die Rechte des Letztern schmälerten. Das Statut von 1630. Art. 4. (S. 135.) verschlimmerte dieselben noch mehr, indem es dem errungenen liegenden Gute nun den Begriff der ehelichen Errungenschaft unterschob. Besser wurde er wieder in den Statuten von 1738. 1760. und 1779. (Art. 12. S. 16.) bedacht, indem ihm zwei Drittheile der ganzen ehelichen Errungenschaft zu Eigen und ein Drittheil zu Leibding zugesichert wurden.

3. Das Stadtrecht von Zürich wurde erst durch das Erbrecht v. 1716. verändert, zeigt aber noch immer deutliche Spuren des ältern Rechtes. In allen Fällen verbleibt dem überlebenden Ehemann die ganze eheliche Errungenschaft. Ausserdem erhält er

a) bei kinderloser Ehe den sogenannten Sparhafen der Frau, insoweit er während der Ehe gesammelt oder vermeht wurde, das Ehegeld, den Brautschmuck der Frau, die Hochzeitgeschenke, ihre Bücher, Brautbett und Kasten vorweg und dazu den fünften Theil ihrer ganzen übrigen Verlassenschaft zu Eigen;

b) wenn nur aus einer frühern Fhe der Frau Kinder vorhanden sind, was im vorhergehenden Falle, ausser dass der fünfte Theil hier in den sechsten vermindert wird;

c) wenn die Ehe beerbt ist und aus einer frühern Ehe der Frau keine Kinder vorhanden sind, die oben einzeln bezeichneten Sachen, mit Ausnahme des Spargutes und der Bücher, zu Eigen. Die übrige Verlassenschaft, das Spargut inbegriffen, behält er zu Nutzniessung, bis die Kinder in die Ehe treten oder das fünf und zwanzigste Altersjahr angetreten haben. Den einzelnen selbständig gewordenen Kindern muss er dann die Hälfte ihres Erbantheils herausgeben. Sind alle volljährig geworden, so können sie auch den Rest noch fordern, mit der Beschränkung jedoch, dass an dem dritten Theile der Verlassenschaft jedenfalls dem Manne lebenslänglicher Niessbrauch verbleibt[176];

d) ist endlich die Ehe beerbt und sind zugleich Kinder aus einer frühern Ehe der Frau vorhanden, so erhält der überlebende Mann zu Eigen, was im vorigen Fall; ferner von dem Hausrathe der Frau

176) Nach dem Entwurf v. 1703. erhielt der Mann einen Kindstheil (höchstens einen Drittheil) zu eigen.

einen Kindstheil wieder zu Eigen an der übrigen Verlassenschaft aber nur einen Drittheil zu Leibding. Den Kindern erster Ehe muss er ihren betreffenden Erbtheil herausgeben, den Theil seiner eigenen Kinder hat er aber bis zu ihrer Volljährigkeit in gleicher Weise zu geniessen, wie diess vorhin ganz allgemein angeordnet wurde[177]).

4. Wenn bisher von leibdingsweisem Genusse die Rede war, so müssen wir noch einer wesentlichen Veränderung gedenken, welche die Behandlung desselben erfuhr. Nach älterm Rechte war der Leibdingsberechtigte in der Noth befugt, das Leibdingsgut selbst, somit das Capital anzugreifen, und zur Befriedigung seiner nothwendigen Lebensbedürfnisse aufzuzehren. Die meisten auch unter den in dieser Periode verfassten Statuten räumen ihm, wenn auch unter Beschränkungen, dieses Recht noch ein. Und selbst da, wo Versicherung für Erhaltung des Leibdinggutes gefordert werden kann, schliesst diess doch ein Aufbrauchen desselben zur Fristung der Leibesnoth nicht aus[178]). Besonders ausführliche Bestimmungen enthält darüber das

Herrschaftsrecht von Uhwiesen v. 1603. Art. 27. Es soll ouch das inn läben bliben Eegemecht syge glych der man oder die frouw, so inn obgesetzten zweyen fälen die niessung hatt, dess abgestorbnen erbenden fründen, vmb die an sy nach absterben dess letsten Eegemechts fallende erbschafft, gnugsamme versicherung thun, vff den fal dieselbige erbschafft zu befinden vnd zubeziechen haben mögen. Art. 28. Dartzu soll es ouch by verlierung der nutzung vnnd niessung, die liegenden gütere inn zimblichem wessenlichem buw vnd guten ehren halten. Die nit inn verderben vnd abgang khommen lassen, darzu ouch alle beschwerdt

177) Erbrecht v. 1716. Th. II. §. 1. S. 20. ff.

178) Herrschaftsrecht v. Regensberg Art. 92. oben in der in Anm. 174. abgedruckten Stelle. Grafschaftsrecht v. Kyburg v. 1578. Herrschaftsrecht v. Wülflingen Art. 41. (Pest. II. S. 39.) v. Grüningen v. 1668. Art. 8. (Pest. I. S. 64.)

die man daruon abzerichten schuldig, bezalen one der fründen abgang vnd schaden.

Art. 29. Im fal aber söllche person, es sye der man oder das wyb alt vnnd betagt were, vnd im lybs not thete, vnd ob inn die zinss von irem besitzenden haab vnd gut nit betragen möchten, das er sich nach nothurfft erhalten vnnd vssbringen khönnte: So sölle der man oder das wyb — alle tag zween Schwytzerbatzen vsser dem verlassnen gute zuuerbruchen macht vnd gewalt haben, doch soll allwegen das überbliben Eegemecht syn gut allerdings verthaan vnd verbrucht haben, ehe vnd es dess andern angryffen möge, vnnd ob aber inn söllichem einiche gefehrt vnderstanden wurde: Sölle ein vogt zu Louffen, vnd der Bischoflich Amptman zu Schaffhussen, gewalt haben, dieselben gefehrd vnd missbrüch abzestellen.

Für die neueste Zeit müssen wir nun aber, selbst für den Kreis dieser Statuten, diese Befugniss bestreiten. Zum Theil veränderte sich die Ansicht des Volkes. Hielt man nämlich den Gesichtspunkt, den doch selbst diese Statuten anerkennen, fest, dass das Eigenthum auf die Erben übergegangen sei, und liess der Verkehr es nun zu, dass die Erben als Eigenthümer auch das verfangene Gut verpfänden und veräussern dürfen, so passte jene Befugniss des Nutzniessers nicht mehr recht. Nun kam aber der allgemeine Einfluss hinzu, welchen das römische Recht in der Lehre vom Eigenthum und dinglichen Rechten gewann. Das Zürcherische Stadtrecht weiss daher von einer solchen Aufzehrung des Leibdinggutes überall nichts mehr und will nichts mehr davon wissen[179]). Seine Autorität zerstörte die letzten Reste jenes alten Rechtes allmählig, ohne dass sich eine gesetzliche Umänderung oder Abschaffung der Statuten nachweisen lässt.

179) Erbrecht v. 1716. Th. II. §. 7. S. 53. ff.

§. 28. C. Aufhebung der ehelichen Vormundschaft unter Lebenden.

1. Noch das Erbrecht der Stadt Zürich von 1716. stellt den Fall, wo einer der Ehegatten mit einem unheilbaren Aussatze behaftet „sondersiech" ist, dem Tode desselben in vermögensrechtlicher Beziehung gleich. Die eheliche Vormundschaft hört auf und der andere Ehegatte ist berechtigt, seine statutarische Portion zu fordern, gleich als wenn jener gestorben wäre[180]). Ungeachtet aber diese Bestimmung nie ausdrücklich aufgehoben worden ist, so ist sie doch für das neuste Recht als obsolet zu betrachten. Dagegen ist so schwere Krankheit Grund, um das Scheidungsbegehren zu rechtfertigen. Und tritt dann die Scheidung wirklich ein, so kommen auch die gewohnten Regeln für Absonderung des beiderseitigen Vermögens, wie sie für die Scheidung gelten, zur Anwendung[181]). Wird die Ehe aber nicht geschieden, so ist auch keine Ausrichtung mehr aus jenem Grunde zulässig.

2. Die wahre und volle Scheidung zerstört nun immer die eheliche Vormundschaft, da diese eben nur in der Ehe bestehen kann. Eine blosse Scheidung zu Tisch und Bett dagegen, welche die Ehe noch nicht auflöst, sondern nur vorüber gehend ihre vollen Wirkungen hemmt, kann auch die eheliche Vormundschaft nicht zerstören, sondern hemmt auch da nur einen Theil ihrer Wirkungen[182]). Wenn nun aber die Ehe wirklich getrennt wird, so wird nun eine einfache Absonderung der verschiedenen Bestandtheile des ehelichen Vermögens vorgenommen. Die Frau erhält ihr Zugebrachtes zurück. Die eheliche Errungenschaft bleibt

180) Erbr. v. 1716. Th. II. §. 2. S. 27.

181) Matrimonialgesetz v. 1811. §. 95. M. S. V. S. 37.

182) Vergl. Matrimonialgesetz §. 74. S. 15. und meinen Aufsatz in der Monatschr. V. S. 1. ff.

ganz dem Manne. Die Hochzeitgeschenke werden so vertheilt, dass jeder Theil die Geschenke seiner Freunde und Verwandten als sein Eigenthum betrachtet. Können diese Rücksicht oder andere Gründe nicht für einen der beiden Ehegatten den Ausschlag geben, so versteht sich, dass das Geschenk als ein gemeinsames in gleiche Theilung fällt. Was ein Ehegatte dem andern bei der Verlobung oder Eingehung der Ehe geschenkt hat, nimmt er wieder zurück. Von einer statutarischen Portion ist somit da überall nicht die Rede.

Diese einfache Aussonderung der beiderseitigen Vermögen wird nur da, wo auf der einen Seite eine besondere Schuld vorhanden ist, welche die Scheidung herbeiführt, insofern modificirt, als das Ehegericht unter gewissen Beschränkungen befugt ist, zu Gunsten des unschuldigen Theils dem andern ökonomische Lasten aufzulegen[183]).

3. Durch den Auffall, Concurs, des Ehemannes wird die eheliche Vormundschaft auch nach dem neuern Rechte noch aufgehoben. Darin aber unterscheidet sich dieses von dem ältern, dass der in Concurs gerathene Mann nicht mehr als todt fingirt wird und von keinem Eherecht oder statutarischer Portion, welche die Frau ansprechen könnte, mehr die Rede ist. Wohl aber musste noch dem Stadtrecht von 1715. zufolge jeder nicht ganz schuldlose Fallit das Land so lange meiden, bis er sich mit seinen Creditoren wieder verständiget hatte[184]). Eine mildere Praxis der neuesten Zeit liess es aber zu, dass der Fallit auch ferner zu Hause bei seiner Familie bleibe[185]), und so entstand denn offenbar für die Frau, welche ihr Vermögen aus dem Concurse gerettet hatte, neue Gefahr. Denn war gleich

183) Matrim. Ges. v. 1811. §. 81. S. 32. §§. 113—116. S. 43. u. 44.

184) Mandat v. 1669. übergegangen in d. St. L. R. Th. X. §. 66. und 68. S. 173. 174. Vergl. Mandat von 1631.

185) Daraus folgt denn freilich nicht, dass die Sachen der Frau nun doch wieder in die Gewere des Mannes kommen, was sonderbarer Weise in neuerer Zeit einmal von dem Obergerichte irrig genug angenommen worden ist. Vergl. Mon. Chr. V. S. 329.

der Mann nicht mehr ihr Vormund, so konnte er doch leicht, wo die Ehe ungetrennt blieb, den alten Einfluss auf das Vermögen der Frau faktisch ausüben, indem diese selten selbständig genug war, um sich in dieser Rücksicht gehörig zu wahren. Um nun der Frau von Neuem einen Stützpunkt zu geben, wurde sie sofort nach dem Ausbruche des Concurses ihres Ehemanns, unter obrigkeitliche Vormundschaft gestellt[186]). Diese Vormundschaft tritt nun an die Stelle der ehelichen, nur hat sie gerade umgekehrt die Tendenz, die Frau vor der Einwirkung des Mannes auf das weibliche Vermögen zu wahren. Unsere Gesetzgebung war indessen unfähig, diesen Fall der Vormundschaft, der offenbar nicht verwechselt werden darf mit der regelmässigen Vormundschaft über Minderjährige in seiner Eigenthümlichkeit aufzufassen und zu verarbeiten. Sie stellt ihn daher ohne weiters neben die übrigen Fälle der obrigkeitlichen Vormundschaft, als ein neu hinzugekommenes Glied, dessen organischer Zusammenhang dem Gesetzgeber verborgen blieb. Auch diese Vormundschaft beruht nicht auf einer gänzlichen Handlungsunfähigkeit der Frau, sondern nur auf einer relativen Schutzbedürftigkeit gegenüber dem Manne. Sie hört daher auf, sobald die Ehe getrennt wird, sei es durch Tod des Mannes oder auch nur durch Scheidung von demselben und in beiden Fällen tritt die Handlungsfähigkeit der Frau wieder unbeschränkt hervor. Diese Betrachtung, wornach im gleichen Momente, wo das Verhältniss zum Ehemann aufhört, auch die Vormundschaft über die Frau erlöscht, muss aber nothwendig auch von Einfluss sein auf die Behandlung dieser Vormundschaft während der Dauer der Ehe. Die Einwirkung der Vormundschaftsbehörden ist daher grösstentheils nur eine zustimmende oder versagende, nicht aber eine frei verfügende. Ihr Charakter soll mehr der der auctoritas nicht aber der der gestio

---

186) Es geschah das zuerst durch Gesetz v. 13. Dec. 1810. M. S. IV. S. 383. Vormundschaftsgesetz v. 1817. §. 3. R. S. II. S. 14.

sein, wenn wir hier römische Begriffe hinein ziehen dürfen. Und selbst die Autorität, deren die Frau bedarf, zur Eingehung von Rechtsgeschäften, muss hauptsächlich mit Rücksicht auf den Ehemann und die von dorther sich zeigende Gefahr iuterponirt werden. Es ist somit diese Vormundschaft überall viel freier zu behandeln als die Vormundschaft über Minderjährige und Verschwender.

4. Wird bei fortdauernder Ehe der Mann wegen Verschwendung oder aus andern Gründen unter obrigkeitliche Vormundschaft gesetzt, so hört darum seine eheliche Vormundschaft über die Frau gerade so wenig auf, als die Ehe selbst. Sie wird von da an, wie alle andern Vermögensrechte des Ehemanns, nur statt von diesem selbst, von den Vormundschaftsbehörden und dem öffentlichen Vormunde verwaltet. Dabei ist aber wohl zu beachten, dass die Natur der ehelichen Vormundschaft darum nicht verändert wird. Sie hört nicht auf als eheliche Vormundschaft und geht nicht über in das Wesen einer obrigkeitlichen Vormundschaft, wenn sie schon nun von den öffentlichen Behörden verwaltet wird und so allerdings eine Beziehung auf öffentliche Institute erhält. Denn der Grund, aus welchem sich die Vormundschaftsbehörden auch mit ihrem Vermögen befassen müssen, liegt ja nicht darin, dass ihre Person eine obrigkeitliche Bevormundung nöthig macht, sondern lediglich darin, dass sie unter der ehelichen Vormundschaft ihres Mannes steht, der nun aber nicht im Stande ist, selber seine Rechte auszuüben. Soll daher z. B. ein Grundstück, welches der Frau gehört, verpfändet werden, so kann diess gültig wieder nur dann geschehen, wenn die Frau selber persönlich ihre Zustimmung ertheilt, nicht aber durch einseitige Verfügungen der Vormundschaftsbehörden in ihrem Namen.

§. 29. Modificationen des ehelichen Güterrechtes.

1. Die Gerichtsbücher von 1553. und von 1620. behandeln das eigenthümliche Verhältniss, wenn die Frau mit

dem Manne zu Gewinn und Gewerb steht, fortwährend als praktisches Recht und es finden sich unter den Zusätzen des Gerichtsbuches noch Rathserkenntnisse von den Jahren 1621. und 1631., welche zeigen, dass selbst damals noch jenes Verhältniss häufig vorkam. Das Stadtrecht von 1715. aber gedenkt der Sache überall nicht mehr, schafft aber das frühere Recht auch nicht ausdrücklich ab. Indessen deutet schon dieses Stillschweigen auf ein verändertes Gewohnheitsrecht, wornach nunmehr, auch wenn die Ehegatten Wirthschaft oder Handel treiben, als geltende Regel angenommen werden muss, dass das Gewerbe ganz auf Rechnung des Mannes geführt sei, und die Frau für die Gewerbsschulden mit ihrem Vermögen nicht einzustehen habe. Dadurch wird denn freilich für die Ehegatten die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, durch Vertrag ein anderes Verhältniss zu constituiren. Aus der blossen Antheilnahme an der Geschäftsführung von Seite der Frau darf aber nicht mehr so leicht wie vormals, geschlossen werden, dass sie auch für die Schulden mit ihrem Vermögen einzustehen gesonnen sei. Vielmehr ist sie im Zweifel nur als Gehülfin des Mannes aufzufassen. Diese Annahme wird insbesondere noch durch den Entwurf des Stadtrechtes bestätigt, in welchem sich folgende Stelle findet:

> Indemme vnsere Frommen Altforderen bey vorgefallenen Schuldthändlen in Ihren wohlgemeinten Satz- und ordnungen von dennen Eheweibern, die mit Ihren Ehemänneren zu Banck und Gaden oder Laden — gestanden und begriffen waren, einen Unterscheid beobachtet und die In Fahlszeiten zu bezahlung Ihrer Ehemänneren Schulden angehalten; nun von villen Jahren haro aber mit vermehrung der Inwohneren und Handelschafften auch anderer Abenderung der Zeiten solche Uebung In etwas verblichen und In nit geringe Unlauterkeit gerathen, so haben wir vff genauwe erwägung, was desshalb Inskönftige das Rathsambste und gedeylichste sein möchte, — erleutheret, dass Ein Ehefrauw die mit Ihrem Ehemann einen Gmeinen und offenbahren Gwerb und Handelschafft fuhrte, darinnen schalt — und waltende Hand übte; mit Ihme auch vff eusseren

Marckt reisete und hierbey zu gemeinem gewinn und verlurst stunde, und ein solches durch formale von beid seitigen verwandten darum aufgerichten Verträg und Contracten oder die Ordinari Gwerbs und Laden-Bucher, oder ander am Rechten gültiger Form zu bescheinen were; Solle Im nothfahl Ihres Ehemanns, so weit Ihr zugesetztes Gut zulänglich, zu seiner Schulden bezahlung angehalten werden mögen[187]).

2. Das eigenthümliche Recht der Höfe Fischenthal und Wald, welches wir schon im zweiten Buche §. 31. erörtert haben, erhielt sich bis auf die neueste Zeit und ging auch in die neuern Recensionen dieser Offnungen von 1511. und 1586.[188]) über. Ebenso blieben die Stadtrechte von Elgg und Eglisau[189]) bestehen und hielten so einzelne Anwendungen von Gütergemeinschaft fest. Diesen Statuten können noch zugesellt werden das Herrschaftsrecht von Andelfingen v. 1534. Art. 56.; des Dorfes Stammheim von 1570. und das Recht des Dorfes Ossingen von 1601.

In ihnen findet sich bei unbeerbter Ehe der Gesichtspunkt der allgemeinen Gütergemeinschaft festgehalten. Der überlebende Ehegatte erbt das gesammte Gut, ohne Rücksicht darauf, von welcher Seite es zugebracht oder erworben war, zu Eigen. Hier lässt es sich nun aber wenigstens für Ossingen genau nachweisen, dass diese Gütergemeinschaft lediglich entstanden ist, weil es gewöhnlich wurde, eine Zusammentheilung unter den Ehegatten durch Vertrag zu bestellen. In der Recension von 1601. lautet nämlich die entscheidende Stelle so:

> Item wenn zwei Eemenschen ein andren zuo gemeinder annemen, vnnd von einandren one lyberben mit tod abgangen, So erbt das läbendig des abgestorbnen guots, Es werde dann, wann zwey einanderen nemmend, Inn der Eethäding ein anders andingen.

187) Vergl. oben Buch IV. §. 25. S. 162.

188) Pest. Sammlung Bd. II. S. 78. ff. Bd. I. S. 168. ff.

189) Siehe über diese Buch III. §. 25.

Die gegenwärtige Fassung dieser Stelle verräth einen innern Widerspruch. Die Einleitung nämlich passt nicht zum Schlusse. Jene setzt voraus, dass eine Gemeinderschaft (Zusammentheilung) eingegangen sei. Dieser dagegen setzt im Gegentheil voraus, dass ein Ehegatte den andern beerbe, sobald nicht ein abweichender Vertrag geschlossen worden, somit dass jenes Recht der Beerbung auch ohne Eingehung einer Gemeinderschaft sich von selbst verstehe. Und dieser letztere Sinn muss denn auch wirklich als jetzt geltendes Recht der Gemeinde Ossingen angesehen werden. Jene schiefe Fassung der Stelle erklärt sich aber vollständig aus der Entstehung derselben. Ursprünglich nämlich endete die Stelle nach dem Worte „guots", und sprach somit wirklich nur von der vorherigen Verabredung einer Zusammentheilung, nicht aber von den Fällen, wo die Ehe ohne vorherige Eheberedung geschlossen ward. Was nun aber zuvor blosse Folge besonderer ausnahmsweiser Uebereinkunft unter den Ehegatten gewesen war, das wurde allmählig zur gemeinen sich von selbst verstehenden Regel. So kam es denn, dass nun umgekehrt das ältere Eherecht, um noch Geltung anzusprechen, eines besondern Vertrages unter den Ehegatten bedurfte, mithin nur noch ausnahmsweise durch besondern Privatwillen hergestellt werden konnte. Desshalb kam bei solcher Umkehrung des frühern Verhältnisses von der Regel zur Ausnahme bei der Recension von 1601. jener Schlusssatz neu hinzu. Ja man merkte jenen Widerspruch mit dem Vordersatze nicht einmal. Vielleicht täuschte man sich auch über den Sinn der gebrauchten Worte und hielt das „einander zu gemeinder annemen" wohl geradezu für gleichbedeutend mit dem „einander nemen" des Schlusssatzes[190]).

Das Erbrecht von Stammheim entzieht nur die der Frau gegebene Morgengabe dem überlebenden Ehemanne und lässt sie den Verwandten der Frau zukommen. Im

190) Dass der Schlusssatz erst später hinzugekommen ist, zeigt das Concept jener Offnung in dem Staatsarchiv.

Uebrigen bleibt wieder das gesammte Vermögen in der Einen Hand des Wittwers und der Wittwe und fällt den Erben des Ueberlebenden anheim.

Bei beerbter Ehe dagegen unterscheiden sich diese Statute. Nach dem Rechte von Stammheim bleibt das Gut des Verstorbenen in der Gewere und der Nutzniessung des überlebenden Ehegatten, so lange sich dieser nicht wieder verehelicht. Bei seiner Wiederverheirathung steht es ihm frei, aus dem beiderseitigen Vermögen als Einer Masse einen Kindstheil zu nehmen oder das ganze Vermögen des Verstorbenen den Kindern herauszugeben. Im erstern Falle tritt somit der Gesichtspunkt der Gütergemeinschaft von neuem hervor, im letztern Falle dagegen tritt eine vollständige Zweiung der beiden Bestandtheile des Vermögens ein.

Das Recht von Ossingen verstattet dem überlebenden Manne ebenfalls den Genuss des Weibergutes, so lange er unverändert bleibt. Heirathet er wieder, so muss er dasselbe heraus geben. Stirbt dagegen der Ehemann zuerst, so wird mit Bezug auf die Frau das ganze eheliche Vermögen als Eine Masse behandelt, wovon ihr ein Kindestheil zukommt:

> Gienge aber der Man vor der frowen mit dod ab, So git man Ir [vom gantzen guot, das von Iro vnd dem man naher verhanden, vnd by einanderen Ist][191], ein kindsteil es sigen deren lützel oder vil vnd nit mer.

Das Herrschaftsrecht von Andelfingen weiss von diesen Unterscheidungen nichts, sondern lässt immer den überlebenden Ehegatten im Besitze und Genusse bis zur Wiederverheirathung, und nöthigt ihn in Folge dieser zur Herausgabe der Verlassenschaft des Verstorbenen.

---

191) Die eingeklammerte Stelle ist ein neuer Zusatz der Recension von 1601.

§. 30. Vormundschaft des Vaters.

1. Da wo das ältere römische Recht dem Haupte der Familie eine unbeschränkte absolute Gewalt einräumte, hat das deutsche Recht die mildere Vogtschaft (mundium). Beiden Instituten ist es gemeinsam, dass der Ehemann und Vater das gesammte Vermögen der Familie in seinen Händen hat, und die Familie nach aussen vertritt. Aber sehr verschieden ist die rechtliche Stellung der Ehefrau und Kinder in beiden Rechten. Wer in der römischen Gewalt ist, hat selbst keine Rechte; alle Rechte stehen vielmehr dem Gewalthaber zu, und diesem gegenüber erscheint jener wie ein rechtloses Wesen. Die deutsche Vormundschaft dagegen fasst auch Weib und Kinder die unter ihr stehen, als rechtsfähige und berechtigte Wesen auf. Sie können eigenes Vermögen haben, das nicht Vermögen des Mannes oder Vaters ist. Nur die Besorgung, die Verwaltung, der Genuss steht dem natürlichen Vogte zu; für getreue Verwaltung, für unversehrte Erhaltung ist er der Frau und den Kindern verantwortlich. Es zeigt sich in diesen Instituten sowohl die innere Verwandschaft als die nationelle Verschiedenheit der beiden Rechte auf's Anschaulichste.

2. Unser Recht hat fortwährend die deutsche Ansicht festgehalten. Der Vater hat somit als natürlicher Vormund seiner Kinder dieselben im Verkehre und vor Gericht zu vertreten und ihr Vermögen frei zu verwalten. Er kann auch einzelne Vermögensstücke der Kinder gültig veräussern oder verpfänden, ohne dass selbst bei Liegenschaften sich irgend eine Beschränkung findet.

3. Ueberdem steht ihm das Recht des Niessbrauchs zu an dem Vermögen seiner Kinder und zwar in dem weiten Umfange, wie dem Ehemanne mit Bezug auf das Vermögen der Frau[192])

---

192) St. E. R. v. 1716. Th. II. §. 9. S. 34.

4. Wem gehört der Erwerb des Kindes? Geschenke, welche das Kind von dritten Personen erwirbt, Erbschaften, die ihm zufallen, bilden sein Vermögen, gehören somit nicht dem Vater. Dagegen, wenn der Sohn z. B. auf dem Gute des Vaters arbeitet, oder die gewonnenen Früchte veräussert oder an den Handwerksarbeiten seines Vaters Theil nimmt u. s. f., so gehört, was er so erwirbt, dem Vater zu, indem das Kind insofern nur als ein Glied der Haushaltung des Vaters erscheint. Wie dieser für die Bedürfnisse und den Unterhalt der ganzen Familie zu sorgen hat, so kann er auch die einzelnen Glieder anhalten, im gemeinsamen Interesse thätig zu sein und durch ihre Arbeit die Kosten der Familie tragen zu helfen. In diesen Beispielen haben wir indess die Kinder noch in der Haushaltung selbst an der Thätigkeit dieser Antheil nehmen gesehen. Wie ist es aber, wenn der Vater seine Kinder an andern Arbeiten als denen seiner eigenen Wirthschaft oder seines eigenen Berufes Theil nehmen lässt, z. B. wenn er sie als Arbeiter in eine Fabrik gehen lässt. Auch in diesem Falle noch gehört der Lohn dem Vater, insofern nur noch die Kinder als Glieder seiner Haushaltung zu betrachten sind. Wo und auf welche Weise sie ihre Thätigkeit verwenden, kann dannzumal keinen Unterschied der Behandlung machen. Wir dürfen somit als allgemeines Princip den Satz anerkennen, dass der regelmässige ordentliche Erwerb der Kinder, der von ihrer Arbeit herrührt, so lange in das Vermögen des Vaters fällt, als die Kinder selbst zu der Haushaltung des Vaters gehören und er für ihren Unterhalt sorgt. Dagegen wird durch aussergewöhnliche Anstrengung des Kindes, z. B. durch Erlangung eines Preises das Vermögen des Kindes vermehrt, weil hier schon in der Art des Erwerbes ein rein persönlicher Charakter desselben sich ausdrückt und denselben nicht zu einem Erwerbe der Haushaltung stempelt. Ebenso gehört, wenn das Kind für seinen eigenen Unterhalt ausserhalb der elterlichen Haushaltung selbst sorgt, ausschliesslich ihm,

was es durch seine Arbeit, z. B. als Geselle in der Fremde, als Schreiber bei einem Kaufmann erwirbt, gesetzt auch das Band der Vormundschaft sollte noch nicht gelöst sein.

5. Diesen Rechten des Vaters stehen auch Verpflichtungen gegenüber. Er ist schuldig, für Erziehung und Nahrung und übrigen Lebensunterhalt seiner Kinder zu sorgen, und nach beendigter Vormundschaft ihr Vermögen ihnen unversehrt heraus zu geben. Er haftet somit den Kindern für Herausgabe des Capitalbestandes in ähnlicher Weise, wie der Ehefrau für Herausgabe ihres Weibergutes. Ja es kann, wie dort, wenn sich Gefahr zeigt, dass der Vater schlecht wirthschafte und das Vermögen der Kinder verschleudere auf Begehren der Verwandten oder auf unmittelbares Einschreiten der Vormundschaftsbehörden der Vater angehalten werden, für das seiner Verwaltung und Nutzung anheim gefallene Vermögen der Kinder Sicherheit zu leisten[193]).

6. Die Vormundschaft des Vaters ist zunächst unbeschränkt. Während derselben muss er niemandem Rechnung ablegen, noch bedarf er für seine Handlungen der Zustimmung irgend Jemandes. Indessen zeigt sich doch schon aus dem Vorigen, dass das Institut der Obervormundshaft auch ihm gegenüber ausnahmsweise Einfluss auf seine Verwaltung äussern kann. Immer aber wird das nur da geschehen dürfen, wo die Interessen des Vaters und des Kindes entschieden einander entgegen laufen und Gefahr vorhanden ist, dass der Vater seine Stellung missbrauchend die Rechte des Kindes verletzen werde. So lässt sich die Möglichkeit eines Processes denken zwischen Vater und Sohn, während der Vormundschaft, in welchem dieser dann eben eines von den Vormundschaftbehörden zu ertheilenden Specialvormundes bedarf[194]).

---

193) St. E. R. v. 1716. Th. II. §. 9. S. 34. R. S. II. S. 14. §. 4.

194) Vergl. oben Buch. II. §. 32. S. 290. Vormundschaftsrecht v. 1817. §. 4. R. S. II. S. 14.

7. Die Mutter hat zwar kein Recht der Vormundschaft auch nicht nach dem Tode des Mannes; an der Erziehung der Kinder aber nimmt sie nicht bloss faktisch Antheil, sondern hat in der That einen Anspruch auf Mitwirkung. Das Wesentliche dieses Verhältnisses gehört zwar ganz der Sitte an; aber festhalten lässt sich auf dem Gebiete des Rechtes wenigstens so viel, dass die Mutter gehört werden muss bei den wichtigern Entscheidungen, und dass auch nach dem Tode des Vaters die an seine Stelle tretenden Vormundschaftsbehörden ihr die Besorgung und Pflege ihrer Kinder nur aus besondern Gründen entziehen dürfen, insofern sie der Erziehung unwürdig oder unfähig ist.

§. 31. Entstehung und Ende der väterlichen Vormundschaft.

1. Die Vormundschaft des Vaters wird zunächst begründet durch Geburt in der Ehe. Es ist unser Recht hier weniger strenge als das römische, welches bekanntlich Erzeugung während der Ehe fordert, um die väterliche Gewalt zu begründen. Nur ausnahmsweise, wenn die Frau bei der Eingehung der Ehe ihre Schwangerschaft dem Manne absichtlich verheimlicht oder wissentlich deren Dauer unrichtig angegeben hat, und der Mann seine Vaterschaft bestreitet oder endlich wenn er nachweisen kann, dass er keinen Umgang mit ihr gepflogen, ein Beweis, welcher auch zugelassen wird, um die Vaterschaft des Ehemannes mit Bezug auf Kinder zu beseitigen, die während der Ehe erzeugt wurden — nur in diesen Ausnahmsfällen gilt dann das Kind für ausserehelich und gelangt nicht in die Vormundschaft des Vaters[195]).

195) Vergl. Matrim. Ges. v. 1811. §§. 56—64. Der Beweis des Ehebruchs entscheidet über den Status des Kindes nicht. Mon. Chr. IV. S. 150.

2. Auch die Erzeugung während des Verlöbnisses begründet die Vormundschaft des Vaters, indem solche Kinder, selbst wenn die Ehe der Verlobten unterblieb, doch in allen Beziehungen für eheliche Kinder geachtet werden[196]. Dieser entscheidende Einfluss, welcher somit dem Verlöbnisse zugestanden wird, weist unverkennbar auf das ältere Recht hin, welches das Verlöbniss durch den Beischlaf für vollzogen und somit bereits für eine wirksame Ehe hielt, bevor oder ohne dass die kirchliche Einsegnung hinzukam[197].

3. Uneheliche Kinder dagegen, zu denen mithin die während des Verlöbnisses erzeugten keineswegs gehören, erhalten nur durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern die Rechte ehelicher Kinder. Eine andere Legitimation derselben ohne Ehe, z. B. durch Gestattung des Gerichtes gibt es in unserm Rechte nicht[198].

4. Eben so wenig kennt unser Recht irgend eine künstliche Erzeugung des elterlichen Verhältnisses und der väterlichen Vormundschaft, welche nicht schon eine natürliche Grundlage hätte. Das Bedürfniss der gegenwärtigen Cultur macht es aber äusserst wünschbar, dass die Adoption in einer passenden Form und unter Voraussetzungen, welche auf die bestehenden Familien und Erbverhältnisse Rücksicht nehmen, neu eingeführt werde.

5. Der Entstehung der väterlichen Vormundschaft durch die Geburt des Kindes entspricht denn ihre Auflösung durch den Tod des Vaters oder des Kindes. Bei dieser nothwendigen Form der Aufhebung ist aber das deutsche Recht nicht stehen geblieben, wie vormals das römische. Es lässt vielmehr die väterliche Vormundschaft von selbst untergehen, wo die Ausbildung und Reife oder die Lostrennung des Kindes aus der elterlichen Familie

---

196) Matrim. Ges. v. 1811. §. 187. Mon. Chr. I. 273.

197) Mittermaier D. Privatr. §. 435. Anm. 1.

198) St. E. R. v. 1716. Th. II. §. 13. S. 41. Matrim. Ges. v. 1811. §. 188.

eine freie Existenz und Selbständigkeit desselben auch im bürgerlichen Leben rechtfertigt. Dahin gehört vor allem die Begründung eines eigenen Haushaltes oder die Betreibung eines selbständigen Gewerbes durch den Sohn. Es ist nicht gerade nöthig, dass der Sohn sich verheirathet; immer aber bewirkt seine Verheirathung, auch da, wo sie gegen den Willen des Vaters geschieht, und ebenso da, wo die neue Familie äusserlich zusammen lebt mit der väterlichen Haushaltung, Auflösung der väterlichen Vormundschaft. Ausserdem hört diese aber auch in allen den Fällen auf, wo der Sohn ohne Heirath mit Zustimmung des Vaters sich von ihm absondert und einen eigenen Rauch führt[198]), ein Fall, der freilich nicht verwechselt werden darf mit einer vorübergehenden blossen Entfernung aus dem Hause des Vaters, z. B. Besuch einer Universität. Das Unterscheidende liegt darin, dass im letztern Falle der Wille, sich abzusondern und einen eignen Haushalt zu begründen, keineswegs vorhanden ist, während er im ersten Falle verbunden mit der faktischen Trennung wirklich eine Auflösung der bisherigen Form des Familienverbandes bewirkt.

Ebenso werden die Söhne durch Erlangung obrigkeitlicher Aemter[199]) von der väterlichen Vormundschaft befreit. Unter diesen sind aber doch nur solche zu verstehen, welche denselben einen eigenthümlichen Geschäftskreis zuweisen, dessen Besorgung eine gewisse bürgerliche Selbständigkeit voraussetzt. Dahin mögen z. B. namentlich auch Gerichtschreiber und Notarstellen zu rechnen sein, während dagegen blosse Ehrenstellen, oder untergeordnete Anstellungen, z. B. der Kanzlisten u. dgl. jene Wirkung nicht haben können.

6. Die Verheirathung der Tochter zerstört wieder die väterliche Vormundschaft über dieselbe, indem die

---

198) St. L. R. Th. III. §. 7. S. 33. Vergl. Mon. Ch. V. S. 206.
199) St. L. R. a. a. O.

Tochter nunmehr in die eheliche Vormundschaft ihres Mannes übergeht, und die eine die andere ausschliesst.

7. Auch die blosse Erreichung eines gewissen Altersjahres hebt von selbst die Vormundschaft des Vaters auf, sowohl über Söhne als Töchter, selbst wenn diese in der Haushaltung des Vaters bleiben. Nach dem Stadt- und Landrechte tritt diese Wirkung erst ein mit erreichtem fünf und zwanzigsten Altersjahre[200]). Diese Altersbestimmung, welche den frühern viel kürzern des alten Rechtes und den mittlern mehrerer Statuten entgegen trat, und in der Folge ausschliessliche Geltung erlangte, wurde offenbar durch den Einfluss des römischen Rechtes, wie es in Deutschland herrschte, so weit hinaus geschoben. Eine Verkürzung dieses Termins scheint indessen durch die viel früher erreichte politische Volljährigkeit angebahnt zu sein[201]).

8. Endlich ist auch noch eine Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt denkbar und zulässig. Dass diese zunächst und voraus auf dem Willen des Vaters beruhen muss, versteht sich. Es frägt sich aber, ob dieser Wille genüge. Sobald man den Gesichtspunkt der Obervormundschaft des Staates festhält, so wird man die Frage verneinen müssen. Denn nach der ihr zu Grunde liegenden Idee, soll im Interesse der Minderjährigen überall da die Fürsorge des Staates eintreten, und wachen, wo der Schutz des Vaters aufhört. Eben desshalb nehmen wir an, dass eine Entlassung des Kindes durch den Vater nur insofern vollständig wirken könne, als die Zustimmung der Obervormundschaftsbehörde hinzutritt. Damit aber letztere ihre Zustimmung ertheile, muss sie sich vorher überzeugt haben, dass der Minderjährige fähig sei, für seine Interessen selbst gehörig zu sorgen. Diese Ansicht scheint denn auch mit der geltenden Praxis im Einklange zu stehen.

---

200) A. a. O.

201) Staatsverf. v. 1831. §. 22. wodurch das staatsbürgerliche Stimmrecht an dem Antritt des 20sten Altersjahres gebunden wird.

9. Ist nun aber der Vater schuldig, den selbständig gewordenen Sohn auszusteuern? Sehen wir davon ab, dass dieser berechtigt ist, von dem Vater Herausgabe seines eigenthümlichen Vermögens, in so weit es vorhanden ist, und Ersatz für das durch Schuld des Vaters verlorne zu fordern, und nehmen wir auf die eigenthümlichen bereits erörterten Fälle keine weitere Rücksicht, in denen der Vater nach dem Tode seiner Frau aus dem bei ihm zurück gebliebenen ehelichen Vermögen die Kinder ausrichten muss; beschränken wir somit die Frage lediglich auf die Aussteurung des selbständig gewordenen Kindes aus dem väterlichen Vermögen, insofern sie sich auf das reine väterliche Verhältniss zu den unter seiner Vormundschaft gestandenen Kindern gründet; so müssen wir dieselbe verneinen. So allgemein auch die Sitte es erheischen mochte, dass der Vater sowohl den Sohn ausrichte, der sich absondert, und die Tochter, welche in die Ehe tritt, aussteure, so erzeugte sie doch niemals bindendes Recht, und die Grundsätze des römischen Rechtes über Dotirung der Tochter fanden keine Anwendung. In einem Falle, nämlich da, wo das volljährige Kind in der Haushaltung zurück blieb, war selbst die Sitte nicht dafür, dass dasselbe auszusteuern sei. Die ältern Statute reden freilich meist nur von der Ausrichtung im eigentlichen Sinne. Die Art, wie sie davon sprechen in Verbindung mit den allgemeinern Ausdrücken anderer Rechtsquellen, erweisen aber die Richtigkeit des Gesagten.

Offnung von Altorf von 1439. §. 58. Si sprechent och daz ein vatter einem kind wol mag geben me denn dem andern. Nach dem als ein kind verdienot vmb sin vatter. Aber die muoter mag einem kind nüt me geben denn dem andern. §. 59. Item wo mit ein vatter sin kind vsstürot der sol sich das kind lassen benuegen nu vnd hienach vntz an ein Rechten anfal.

Offnung von Stäfa s. d. §. 25. Aber sprechend sy, hett ein vatter fünff alder sechs kind, ald als vil er hett, wie er eins vsswissett mit einer Summ geltz alder güttz,

die sy gross alder klein, damit sol es vssgawissett sin vntz an einen Rechten anfal[203]) vnd mag ein vatter einem kind gen vil dem andern lützel als er dann wil.

Offnung von Fischenthal v. 1511. Art. 10. Es ist des hofsrecht zu Vischenthal, wa mit ein man oder wib ire kind vsstürend vnd beratend mit worten oder mit werchen, daran sol das kind benügen haben vnd sol vatter vnd muter fürbas nit bekümbern, weder an ligendem noch an farendem gut, vntz an ein rechten anfal. Art. 11. Ein ietlich hofman zu Vischental mag einem sinem kind geben vnd dem andern nichtz, vnd ob er wil, so mag er das sin einem hund an den schwantz binden. Uebereinstimmend das Walderhofrecht s. d. und von 1586. Art. 25. und 29. (Pestalutz I. S. 176.)

Stadtrecht von Elgg von 1535. Art. 54. 14. Es Mag ouch kein kind den vatter zu der vssrichtung nit zwingen, noch der vatter das kind, dass es sich vssrichtenn müsse lan.

Stadtrecht von Kaiserstuhl von 1680. Art. 6. (Pest. II. S. 14.) So wan ein Vatter seine Kinder zu den Ehren in Ehelichen Stand versechen wolt, so mag Er zur Ehesteuhr oder Ehegut einem wol mehr geben alss dem anderen, Je nach gestalt der zeit und leuffen.

§. 32. Geschlechtsvormundschaft.

1. In mehreren Statuten des sechszehnten Jahrhunderts erhielt sich noch das ältere Recht, dass Weiber zu gewissen Geschäften, namentlich zum Behuf gerichtlicher Handlungen eines Vogtes bedürfen, so in dem Stadtrechte von Elgg von 1535. Art. 35. (Pest. I. 302.) und in den Herrschaftsrechten von Knonau. Art. 24. (Pest. I. 228.) und Regensberg Art. 77. (Pest. I. 203.) Die beiden zuletzt genannten Stellen stimmen wörtlich mit einander überein, und sind eben desshalb wohl nicht ohne Einfluss

---

203) Vergl. oben Buch III. §. 27. S. 463.

des Landesherrn in dieser Fassung aufgenommen worden; denn an eine ältere gemeinsame Rechtsquelle ist nicht zu denken.

2. Das Stadtrecht von 1715. verdrängte aber diese Beschränkung und verstattete den Wittwen und andern volljährigen aber unverheiratheten Weibern auch vor Gericht sich selbst zu vertreten[204]). Das Beispiel der Orte, wo das Stadtrecht unmittelbare Anwendung fand, oder doch weil die einheimischen Statuten nicht geradezu widersprachen, leicht ebenfalls angerufen werden konnte, da ja die Gerichtsverfassung grossentheils von städtischen Beamten geleitet wurde, mochte denn auch auf die übrigen Gegenden, deren Statuten Bevogtigung verlangten, so wirken, dass die Uebung sich änderte.

3. War der Vater mit Zurücklassung von Kindern und einer Wittwe verstorben, so erhielten natürlich jene einen obrigkeitlichen Vormund. Blieb dann, wie diess das gewöhnliche sein mochte, das Vermögen beisammen und stellte der Vormund über den Capitalbestand des ganzen Vermögens, — das Vermögen der Wittwe inbegriffen — Rechnung, wie das meistens geschah, so lag denn die Vorstellung nicht so gar ferne, dass auch sie bevormundet sei. Diese Ansicht machte sich wenigstens insoferne geltend, als man faktisch den Vogt der Kinder zugleich als Beiständer der Mutter ansah, an dessen Rath sie zwar nicht gebunden sei, dessen Rath sie aber bei wichtigen Geschäften einzuholen habe. So wenig sich indessen gegen eine solche Zuziehung eines Beiständers haben liesse, welche bekanntlich in Sachsen nothwendig ist[205]), und so leicht sich diese Ansicht hätte mehr fixiren und zu Recht werden können, so hat sich daraus doch bei uns nie ein festes juristisches Institut ausgebildet. Es kamen im Leben etwa einzelne Fälle vor, wo man den Rath des Beiständers für

---

204) Th. III. §. 7. und 8. S. 33.

205) Vergl. Haubold Lehrbuch des sächsischen Privatrechts. Zweite Auflage. Leipzig 1829. §. 154. ff.

nothwendig hielt. Ebenso deuten selbst einige Bestimmungen der Statuten auf ein eigenthümliches Verhältniss der Art hin. Aber dabei blieb es und die Regel, dass die Wittwen selbstständig und unbevogtet seien, erhielt sich, ohne dass es zu einer ordentlichen Ausnahme oder Beschränkung kam. Von jener Richtung indessen zeugen die Ausdrücke: „Von bevogtigung Wittwen und Weysen," die, wie im Leben, auch in den Rechtsquellen vorkommen, z. B. in den Bevogtigungsordnungen der Stadt von 1695 und 1738 und in dem Herrschaftsrechte von Andelfingen von 1534 Art. 53 (Pest. II. 67), woselbst denn wirklich vorausgesetzt wird, dass der Frau und den Kindern ein Vogt gesetzt sei[206]. Sogar das Stadtrecht von 1715 Theil V. §. 45 macht noch eine Unterscheidung zwischen einer „Wittfrau die schaltend und waltende Hand hat" und einer „Wittfrau, die Kinder hat." Auch dieser Unterschied muss indessen als gänzlich antiquirt gelten, weil er in der That der nachherigen ganz allgemein anerkannten Handlungsfähigkeit aller volljährigen Weiber widerspricht. Daher weiss denn auch die Vormundschaftsordnung von 1792 nicht mehr von einer Bevormundung der Wittwen.

§. 33. Vormundschaft über Minderjährige.
A. Entstehung und Ende.

1. Alle Minderjährigen, die nicht entweder schon unter der natürlichen Vormundschaft des Vaters oder Ehemannes stehen, oder bei Lebzeiten des Vaters Selbständigkeit erlangt haben, bedürfen nunmehr eines bürgerlichen Vormundes. Zweifel kann man in dem Falle haben, wo eine minderjährige Ehefrau ihren Mann durch den Tod verloren hat. Fällt sie in die Vormundschaft des Vaters zurück oder kommt sie als Minderjährige unter die obrig-

206) Vergl. was oben schon Buch III. §. 26 S. 460 darüber bemerkt wurde.

keitliche Vormundschaft, oder erlangt sie volle Selbständigkeit? Die Praxis scheint das Letztere anzunehmen. Dessen ungeachtet halte ich es für richtiger, dass die natürliche Vormundschaft des Vaters wieder auflebe oder insofern dieser ebenfalls verstorben ist, die obrigkeitliche Vormundschaft eintrete; denn einmal hat die Frau als Minderjährige gerade so viel, oft sogar noch mehr Interesse, als die minderjährige Tochter, den Schutz eines Vormundes zu haben und überdem kann für die Praxis nicht angeführt werden, dass durch die Ehe jede obrigkeitliche Vormundschaft aufgehoben werde, indem nur der Sohn durch die Ehe selbständig wird, die Tochter dagegen durch dieselbe nur einen anderen natürlichen Vormund erhält, statt des bürgerlichen. Indessen wird sich die Praxis ohne neue gesetzliche Bestimmungen in diesem Punkte schwerlich ändern lassen, indem sie den Schein allgemeiner Bestimmungen, wornach die Wittwen keines Vormundes bedürfen, für sich hat[207].

2. Wer wird nun Vormund? Wer bestellt ihn? Schon in der vorhergehenden Periode war es gemeines Recht geworden, dass der Vormund von der Obrigkeit bestellt werde und zwar so, dass zunächst auf die Verwandschaft und deren Wünsche gesehen, auch der Vogt vorzugsweise aus den väterlichen Verwandten bestellt, dann aber nöthigenfalls auch jeder Dritte zu diesem Geschäfte berufen wurde. Damit stimmen dann auch die Statuten des sechszehnten Jahrhunderts wesentlich überein[208].

Im Gegensatze dazu finden wir dann in den Bevogtigungsordnungen von 1695 und 1738 eine sonderbare Zusammenstellung von römischem und älterm deutschem Rechte. Nach diesen Statuten nämlich, die sich indessen zunächst

---

207) St. L. R. Theil III. §. 7. S. 32. Vormundschaftsgesetz 1817. §. 40. c.

208) Stadtr. von Elgg Art. 35, 6. 7. (Pest. I. 302.) Herrschaftsrecht v. Knonau Art. 24. 25. 29. (Pest. I. 229. 230.) von Regensberg Art. 76. 77. (Pest. I. 203.)

nur auf die Hauptstadt beziehen, können die Vormünder bestellt werden:

a) Durch testamentliche Verordnung des natürtürlichen Vormundes, wobei es dem Vater sogar frei steht, die hinterlassene Wittwe zum Vormunde seiner Kinder zu ernennen, ungeachtet sonst Frauen sich nicht zu Vormündern eignen.

b) Wenn das Testament des Vaters nichts bestimmt, dann treten die nächsten Anverwandten der Kinder zusammen und ernennen entweder von sich aus ohne Vorwissen der Schirmvögte[209]) den Vormund, oder sie machen diesen lediglich einen Vorschlag. Im erstern Falle haben sie denn auch einzustehen für allfälligen Schaden, der dem Vermögen der Kinder aus der Fahrlässigkeit ihres Vormundes zugefügt wird. Der zweite Fall gehört dann ganz unter

c) Die dritte Klasse, wo die Obrigkeit (in der Stadt das Schirmvogteiamt, auf der Landschaft die Obervögte) den Vormund bezeichnet.

Merkwürdig an dieser Auseinandersetzung ist vorzüglich, dass aus dem römischen Rechte die Ernennung eines Vormundes durch Testament entlehnt wurde, und dass die Bezeichnung des Vormundes durch die Familie im Gegensatz zu der Obervormundschaft, nachdem diese schon sich ausgebildet hatte, von Neuem aus dem ältern Rechte hervorgezogen wurde.

Die Bevogtigungsordnung von 1792 dehnte die Befugnisse der Obervormundschaft wieder aus. Zwar mag noch immer der Vater durch Testament den Vormund bezeichnen, allein der von ihm ernannte Vormund darf doch das Amt nicht antreten, ohne vorher von dem Waisengerichte bestätigt zu sein. Wird derselbe aus zureichenden Gründen nicht bestätigt, oder ist durch den letzten Willen des Va-

---

209) Schirmvögte als waisenamtliche Behörde werden in Zürich 1513 (Rathsman. v. 1513. I. 6.) als ein Institut erwähnt, das nicht damals erst eingeführt wurde.

ters nichts verfügt, so mögen dann die nächsten väterlichen Verwandten den Vormund bezeichnen, aber auch dieser bedarf der Bestätigung des Waisengerichtes.

Das Vormundschaftsgesetz vom Jahr 1803 bildete sodann für jeden Bezirk besondere administrative Behörden, damals Waisenämter oder Oberwaisenämter, gegenwärtig Bezirksräthe genannt. Als erstinstanzliche Waisenbehörde wurden je für die Bürger, nicht aber für sämmtliche Einwohner der Gemeinde, die Gemeindräthe anerkannt. Diesen Behörden wurde nunmehr, mit einer einzigen Ausnahme, geradezu die Ernennung des Vormundes übertragen, so dass der Wille des Vaters, den er im Testament aussprach und der Wille der Verwandten überall nicht mehr als bestimmend angesehen werden, sondern lediglich den Charakter eines Wunsches haben, den die Behörden beachten können und gewöhnlich im Leben auch beachten, wohl aber, ohne Gründe dafür anzugeben, auch beliebig unberücksichtigt lassen können.

3. Nur der Fall der sogenannten Familienbevogtigungen, deren frühere Gestalt bereits erörtert ist, macht eine Ausnahme. In besondern „seltneren" Fällen nämlich dürfen sich die väterlichen Verwandten mit dem Gesuche an die Waisenbehörden wenden, dass ihnen die Obsorge über die Vormundschaft überlassen werde. Dannzumal schlagen auch sie zugleich den Vormund den Behörden vor, und wenn diese aus zureichenden Gründen die Familienbevogtigung zulassen und die Verwandten die Garantie für gehörige Wahrung der Interessen der Minderjährigen übernommen haben, so wird denn der Vormund von den Behörden bestätigt, insofern auch gegen seine Persönlichkeit nichts einzuwenden ist. Als solche Gründe werden vornämlich betrachtet, wenn die Minderjährigen dem Alter der Volljährigkeit ganz nahe stehen, oder wenn eine Gesellschaft besteht mit Volljährigen, deren Festhaltung und Fortsetzung auch im Interesse der Minderjährigen wünschbar ist oder wenn die Betreibung eines Berufes für den Minderjährigen es wünschbar macht, dass derselbe im Verkehre

etwas freiere Hand habe, ohne gerade völlig selbständig zu werden.

4. Die Vormundschaft über Minderjährige hört auf, sobald ihr Grund, die Minderjährigkeit wegfällt, sobald also der Vögtling das vierundzwanzigste Altersjahr vollendet hat. Der Termin der Volljährigkeit wurde somit auch hier, mit Rücksicht auf das römische Recht, immer weiter hinaus geschoben. Noch in dem Statute von Uhwiesen vom Jahr 1603 Art. 32 (Pest. I. S. 155) finden wir die Volljährigkeit mit dem zwanzigsten Jahr erreicht; aber auch da drang das gemeine Recht durch. Unrichtig ist aber die Annahme, dass der Volljährige noch so lange unter Vormundschaft bleibe, bis er von den Behörden entlassen sei. Jene Entlassung bezieht sich bloss auf die bisherige Vermögensverwaltung und die Rechnungsablegung. Die Handlungsfähigkeit aber des Minderjährigen ist lediglich mit Rücksicht auf seine Jugend beschränkt, und wird somit durch erlangte volle Reife hergestellt und ergänzt. Daher kann der Volljährige schon am ersten Tage des fünfundzwanzigsten Altersjahres vollkommen gültig über sein Vermögen verfügen, und der Dritte, welcher mit ihm contrahirt hat, ist berechtigt, sich an den Vertrag, den er mit ihm als einem Volljährigen abgeschlossen, zu halten, ganz gleichviel, liege nun das Vermögen noch in den Händen der Waisenbehörden und sei er entlassen oder nicht[210].

5. Die Verheirathung ferner der Minderjährigen zerstört diese Form der Vormundschaft, so jedoch, dass dann die Tochter als Frau in die natürliche Vormundschaft des Mannes übertritt. Diesem Falle möchte man geneigt sein, den andern gleich zu setzen, wenn der Sohn zu obrigkeitlichen Aemtern gelangt, welche Handlungsfähigkeit voraussetzen, ungeachtet er in den Vormundschaftsgesetzen nicht erwähnt wird, indem ja aus gleichem Grunde

---

210) Vergl. St. L. R. Th. III. §. 8. S. 33. Vormundschaftsgesetz von 1817. §. 40. a. R. S. II. S. 39. Monatschronik III. 373.

auch die väterliche Vormundschaft aufhört. Allein diese hört auch auf, durch Absonderung des Sohnes, der einen eigenen Rauch führt, und so müssten wir denn auch in diesem Falle den gleichen Schluss zulassen. Das geht nun aber nicht an, indem die Vormundschaftsordnung von 1792 noch diesen Fall erwähnt:

I. §. 2. Wenn ein junger zünftiger Burger einen eigenen Rauch führt wird die Vormundschaft ohne anders aufgehoben.

das Vormundschaftsgesetz von 1803 dagegen und dessen seitherige Redactionen — sicher nicht ohne Absicht — in der Aufzählung der Aufhebungsgründe der Vormundschaft jenen Grund weglassen. Wir schliessen daher aus jenem Stillschweigen in Verbindung mit den bei den väterlichen Vormundschaften geltenden Rechtsgrundsätzen nur, dass sowohl die Erlangung jener Aemter als die Betreibung eines eigenen Berufes nicht schon an sich und ohne weiters die Vormundschaft beendigen, sondern nur als Gründe dienen, um die Behörden zur Entlassung zu bestimmen.

6. Die dritte Form nämlich der Aufhebung ist die Entlassung aus der Vormundschaft vor erreichter Volljährigkeit, welche nur auf Männer anwendbar ist. Die gewöhnlichen Waisenbehörden sind indess nicht einmal befugt zu dieser Entlassung, sondern es muss dieselbe, wenn der Minderjährige das zwanzigste Jahr zurück gelegt hat, dem Rathe des Innern angetragen und von diesem gutgeheissen werden; wenn der Minderjährige noch jünger ist, so muss sogar der Kleine Rath (Regierungsrath) die Entlassung ertheilen[211]).

§. 34. B. Charakter dieser Vormundschaft, Verantwortlichkeit.

1. Die deutsche Vormundschaft unterscheidet sich von der römischen wesentlich schon dadurch, dass der deutsche

211) Vorm. Ges. v. 1803. §. 41. v. 1817. §. 40. b.

Vormund nicht bloss die mangelnde Handlungsfähigkeit seines Mündels ergänzen und dessen Vermögen verwalten soll, sondern dass er die ganze Persönlichkeit des Mündels selbst in seinen Schutz nimmt, und für gehörige Ausbildung desselben bedacht ist. Er hat somit für Erziehung, freilich unter Mitwirkung der Mutter, für Schul- und Berufsbildung des Mündels zu sorgen[212]) und so stellt sich denn die deutsche Vormundschaft als ein weit innigeres Familienverhältniss dar als die römische Tutel oder Cura, welche beide eine vorherrschend vermögensrechtliche Bedeutung haben.

2. Er nimmt das auf Grundlage eines Inventars übernommene Vermögen der Pupillen in seine Gewere und seine Verwaltung. Indessen wurde doch schon sehr frühe verordnet, dass alle wichtigern Instrumente, als namentlich Gülten, Schuldbriefe, Kaufbriefe und Schuldurkunden von Bedeutung, der Vormundschaftsbehörde zur Aufbewahrung übergeben werden sollen, wodurch denn natürlich der Vormund, zwar nicht von der Besorgung dieser Vermögensstücke, aber doch von der Verpflichtung frei wird, für sorgfältige Aufbewahrung einzustehn[213]).

In diesem Rechte der Verwaltung liegt nun aber weit mehr als nur die Sorge für gehörige Aufbewahrung und etwa noch Sicherstellung des Vermögens. Der Vormund repräsentirt den Mündel vollständig und kann in seinem Namen Verträge abschliessen, Veräusserungen, Verpfändungen vornehmen, gleich einem Vater mit Bezug auf das Vermögen seines Kindes. Auch in der Art und Weise, wie diese Verfügungen vorgenommen werden, finden wir einen durchgreifenden Unterschied von der Behandlung des römischen Rechtes. Dieses nämlich gelangte nur nach vielen Jahrhunderten in Folge einer allmälig sich ausdehnenden

212) Vorm. Ges. v. 1792. III. §. 6. v. 1817. §. 38. 18. Mittermaier deutsches Privatrecht §. 372.

213) Ordnung v. 1614. Vormundschaftsgesetz v. 1792. III. §. 3. 4. v. 1817. §. 22.

Entwicklung dazu, in immer weitern Kreisen das Princip einer freien Stellvertretung anzuerkennen. Daher konnte das alte Institut der Tutel auch nicht unter diesem Gesichtspunkte aufgefasst werden und man war gezwungen, entweder den Tutor in eigener Person durch seine Handlungen für die Pupillen zu verbinden, oder die Handlung durch die Pupillen vornehmen, und durch den Tutor nur genehmigen zu lassen. So kam es, dass selbst bei unmündigen Knaben die Thätigkeit des römischen Tutors sich nur als eine ergänzende darstellte. Der Minderjährige aber, wenn er auch einen Curator hatte, erschien zunächst vollkommen handlungsfähig; und wenn sich somit auch bei diesem späteren Institute leichter der Grundsatz der Stellvertretung ausbilden konnte, so war doch die Stellung des Minderjährigen so, dass er in der Regel selbst handelte und der Curator nur seinen Consens ertheilte[214]).

Die ganze deutsche Vogtschaft dagegen über Frau, Kinder, Unmündige hat überall schon den Grundsatz der Stellvertretung in ihr Wesen mitaufgenommen und so finden wir den Vormund unbedenklich im Namen des Vögtlings handeln, und mit voller Wirkung für diesen frei über das Vermögen desselben schalten. Hätte das römische Recht in jenen innigsten Familienverhältnissen des Ehemanns zur Frau und des Vaters zu den Kindern nicht die strenge Gewalt gekannt, so wäre es wohl auch in der Lehre von der Vormundschaft schneller zu einer Anerkennung der Stellvertretung gelangt.

Auf der anderen Seite dürfte hinwieder die Ausübung dieser Stellvertretung, wie sie sich in unserem Rechte äussert, an der Einseitigkeit leiden, dass oft die unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen, wenn sie auch schon eine gewisse Reife der Entwicklung erlangt haben, die sie befähigt, über einzelne Rechtsgeschäfte zu urtheilen, um

214) Vergl. v. Savigny v. Schutz der Minderjährigen in den Abhandlungen der Berliner Akademie. Jahrg. 1833. S. 1. ff.

ihre Meinung gar nicht befragt, und somit auch gar nicht veranlasst werden, ihre Interessen selbst zu wahren.

3. Eine Beschränkung der Verwaltung des Vormundes von unten her durch den Willen des Vögtlings findet sich somit in unserm Rechte nicht. Desto grösser, wenn freilich nicht sorgfältig bestimmt, sind die Beschränkungen desselben von oben her durch die Ein- und Mitwirkung der Vormundschaftsbehörden. Alle wichtigern Geschäfte, namentlich aber active und passive Darlehen, bedeutende Bauten, alle Käufe, Täusche, andere Veräusserungen und Vergleiche bedürfen der Genehmigung des Unterwaisenamtes (Gemeinderathes); und wenn auch dieses die Sache für besonders wichtig hält, so soll es die Genehmigung des Oberwaisenamtes (Bezirksrathes) einholen. Zu Processen bedarf es sogar immer der Vollmacht der letzteren Behörde [215]). In älterer Zeit mochte sich der Vogt oft an die Familie, insofern er von ihr bestellt war, oder an die Vormundschaftsbehörde gewendet haben in Sachen, deren Erledigung er sich scheute von sich aus vorzunehmen; gebunden zu der Einfrage war er aber darum noch nicht und auch die Thätigkeit der Behörde mehr eine rathende als eine beschliessende. Noch in den Vormundschaftsordnungen von 1695 und 1738 finden wir die Mitwirkung der Behörde unausgebildet. Erst die Vormundschaftsordnung von 1792, welche auch in andern Beziehungen als die Grundlage der neueren Vormundschaftsgesetze angesehen werden muss, nimmt die Thätigkeit der Obervormundschaftsbehörde in höherem Grade in Anspruch, und setzt die Grundzüge fest für die Mitwirkung des Waisengerichtes, welche sich dem Wesen nach erhielten.

4. Diese positive Antheilnahme der Vormundschaftsbehörden an den Rechtsgeschäften des Vögtlings, welche sich von einer blossen Beaufsichtigung und Controllirung der Handlungen des Vormundes unterscheidet [216]), hat nun-

215) Vorm. Ges. v. 1817. §§. 18. 19. 36.

216) Dass diese letztere Thätigkeit der Behörde viel älter ist, darüber

mehr eine grosse Bedeutung für die Verantwortlichkeit aller dieser leitenden Personen gegenüber dem Vögtlinge. Nicht bloss der Vormund, auch die Waisenräthe (Gemeinderäthe, Bezirksräthe), werden nunmehr verantwortlich und haben allen Schaden zu vergüten, der aus ihrer Arglist oder ihrer Fahrlässigkeit erwachsen ist. Nähere Bestimmungen, in welcher Weise sich das Verhältniss der verschiedenen Personen zu einander und zu dem Vögtling mit Bezug auf diese Ersatzpflicht gestalte, finden sich in unsern Vormundschaftsordnungen nicht enthalten. Aus der Bedeutung der verschiedenen Institute scheinen aber folgende Regeln sich zu rechtfertigen:

a) Der Vormund hat allein von sich aus gehandelt, ohne dass die Vormundschaftsbehörden darum wissen. Hier haftet er allein, und es kann nicht etwa subsidiär die Verantwortlichkeit der Behörden in Anspruch genommen werden für Handlungen oder Unterlassungen, die überall nicht von ihnen ausgingen, bei denen sie daher weder arglistig noch fahrlässig sein konnten[217].

b) Der Vormund handelt in Verbindung mit der Waisenbehörde und zwar so, dass letztere definitiv verfügt. Man hört zuweilen den Satz,

---

vergl. oben Buch III. §. 26. S. 460. Nach allen Vormundschaftsordnungen v. 1695. 1738. 1792. 1803. 1817. werden die von dem Vormunde zu stellenden Rechnungen von der erstinstanzlichen Waisenbehörde in Zuzug eines oder zweier der nächsten Anverwandten des Bevogteten geprüft, und so hat sich noch immer neben der contrahirenden Thätigkeit der Behörde eine Mitwirkung der Familie erhalten, wie auch der Rath dieser immer in besonders wichtigen Angelegenheiten eingeholt wird. Vergl. auch Herrschaftsrecht v. Knonau Art. 25. v. Regensberg Art. 76.

217) Das Civilgesetzbuch für den Kanton Bern S. 210. scheint freilich von einer allgemeinen subsidiären Haft der Vormundschaftsbehörde zu reden, und so versteht denn auch Dr. S. L. Schnell in seinem Commentar dazu die Stelle. Indessen kann das Gesetz doch auch und noch besser so verstanden werden, dass nur dann die Vormundschaftsbehörde subsidiär hafte, wenn sie wenigstens mittelbar — z. B. durch Bestellung eines untauglichen Vormundes — Schaden veranlasst hat, nicht aber, wenn sie keinerlei weder unmittelbare noch mittelbare Schuld an dem Schaden trägt.

dass in diesem Falle die Verantwortlichkeit dem Vormunde abgenommen und dem Waisenamte aufgebürdet werde. Allein in dieser Allgemeinheit ist der Satz unwahr[218]). Da sich nämlich die Ersatzpflicht zunächst auf eine Schuld (Absicht oder Fahrlässigkeit) gründet, welche den Schaden veranlasst hat, so muss nothwendig vor allem aus darauf gesehen werden, welcher Theil zuletzt gehandelt oder die Handlung erfüllt habe. Demnach gelangen wir zur Unterscheidung dreier Fälle.

Erster Fall. Der Vormund berichtete sorgfältig über die Sachlage, um die Behörde zu einer geeigneten Verfügung zu veranlassen. Die Behörde verfügte aber auf eine böswillige oder fahrlässige Weise, woraus denn im Verfolge Schaden entstand. Hier haftet der Vormund nicht, indem auf ihm auch keine Schuld ruht, wohl aber werden die Mitglieder der Behörde den Schaden ersetzen müssen.

Zweiter Fall. Der Bericht und Antrag des Vormundes war arglistig oder fahrlässig und geeignet, die Behörden in ihren Beschlüssen zu missleiten. Wenn nun aus ihrer Verfügung Schaden entstand, so lag doch die Schuld derselben nicht auf der Behörde, sondern vielmehr auf dem Vormunde; und somit wird jene von der Ersatzpflicht frei bleiben, welche diesen trifft.

Dritter Fall. Beide Theile, der Vormund und die Behörde, benahmen sich fahrlässig oder dolos. Dannzumal haften auch beide und zwar so, dass zunächst der Vormund, subsidiär die Behörde, Ersatz leisten muss. Der Grund, warum jener voraus und in vorzüglichem Sinne haftet, die Behörde dagegen erst, wenn er insolvent ist, liegt darin, dass der Vormund dem Vögtling näher steht, mit dessen Angelegenheiten besser vertraut und für specielle Be-

218) Vergl. Mon. Chron. V. 72.

sorgung eigens bestellt ist, während die Behörde dagegen erst durch die Vermittlung des Vormundes mit dem Vögtlinge verbunden, und um ihrer allgemeinen auf alle Vögtlinge bezüglichen Stellung willen auch weniger veranlasst ist, den Angelegenheiten eines einzelnen Vögtlings so besondere Aufmerksamkeit zu widmen, wie die einzelnen Vormünder.

c) Ganz ebenso stellt sich die Sache, wenn der Bezirksrath den Beschluss fasste auf Bericht und Antrag des Gemeinderathes. Es kommt nämlich zu den zwei bisherigen Gliedern nur ein drittes hinzu, das sich zu diesen verhält, wie das zweite (Gemeinderath) zum ersten (Vormund).

5. Wenn wir bisher etwa von der Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörde redeten, so war der Ausdruck nur uneigentlich gebraucht. Nicht die Behörde als solche ist ersatzpflichtig, sondern die einzelnen Mitglieder der Behörde, insoweit sie fahrlässig sind, haften mit ihrem Privatvermögen; denn da die Schuld eine persönliche ist, aus dem bösen Willen oder dem Mangel an Sorgfalt der einzelnen Personen besteht, so werden auch eben diese Personen und nur sie verantwortlich. Es kann in unserem Rechte um so weniger Zweifel darüber sein, als die Bezirksräthe als Behörden überall kein Vermögen haben, somit auch keine juristischen Personen sind (wenn auch schon politische), die in Anspruch genommen werden könnten[219]).

6. Unter der Fahrlässigkeit, welche zum Schadensersatze verpflichtet, verstehen wir zunächst allerdings auch eine leichte, geringe Fahrlässigkeit (culpa levis), jedoch in dem Sinne, dass der Massstab eines sorgfältigen Mannes und guten Hausvaters, nach welchem dieselbe gemessen wird, mit Berücksichtigung des allgemeinen Culturzustandes

219) Dr. S. L. Schnell in seinem Commentar zu dem Bernercivilgesetz S. 210. nimmt an, es hafte die Gemeinde selbst mit dem Gemeindevermögen und es stehe dann ihr nur wieder der Regress zu auf die Beamteten. Ich bezweifle die Richtigkeit dieser Ansicht auch für das Bernerrecht.

sowohl als der regelmässigen Fähigkeit unserer Vormundschaftsbehörden und Vormünder nicht sehr ängstlich zu bestimmen ist. Eine zu grosse Strenge könnte leicht dahin führen, dass einfache und rechtliche Männer sich solchen Stellen möglichst entziehen würden und so einen viel weiter gehenden Schaden für die ganze vormundschaftliche Verwaltung zur Folge haben. Die Besorgniss vor einer zu grossen Verantwortlichkeit hat ohnehin schon mancherlei falsche Begriffe von derselben veranlasst und zu unrichtigen Maximen verleitet. Dahin rechnen wir namentlich zwei ziemlich verbreitete Irrthümer; den einen, dass die Vormundschaftsbehörden oft meinen, sie dürfen im Namen ihrer Vögtlinge zu keiner Liberalität Hand bieten, den andern, dass dieselben sehr geneigt sind, jedes zweifelhafte Rechtsverhältniss sofort auf dem Wege des Processes erledigen zu lassen. Zwar ist in beiden Fällen Vorsicht allerdings nöthig, aber zugleich kommt in Betracht, dass die Vormundschaftsbehörde, indem sie Vaterstelle vertritt, auch wie ein vernünftiger Vater zu handeln hat, und somit theils da, wo die Sitte oder Pietätsverhältnisse oder sonstige Gründe eine Liberalität rechtfertigen, zu dieser ermächtigt ist, theils, wo der Ausgang eines Processes zweifelhaft ist, in vielen Fällen besser thut, denselben durch Vergleich zu erledigen.

§. 35. C. Uebrige Arten der Vormundschaft.

Es werden in der Vormundschaftsordnung von 1792 und in den seitherigen Gesetzen noch folgende Arten der Vormundschaft erwähnt:

1) Bevormundung wegen Krankheit. Wenn ein Volljähriger durch Krankheit in die Unfähigkeit versetzt wird, sein Vermögen selbst zu verwalten, so wird auf die Anzeige der Anverwandten von den Waisenbehörden nach vorheriger Prüfung des Falls eine obrigkeitliche Vormundschaft angeordnet. In vielen Fällen wird es auch da nöthig werden, das Publikum davon in Kenntniss zu setzen, um jeden Rechtsverkehr mit dem Bevogteten zu verhüten, welche

Bekanntmachung durch die Gerichte geschieht. Diese Vormundschaft wird aufgehoben, sobald dem Bezirksrathe nachgewiesen ist, dass der Grund derselben wegfalle[220]).

2) Die Bevormundung wegen Verschwendung kann erst dann eintreten, wenn vorher schon durch die Behörde Versuche gemacht wurden, den Verschwender zu bessern, was denn freilich praktisch nur eine Verzögerung zur Folge hat, die zu weiter nichts hilft. Eher lässt sich dagegen rechtfertigen, dass der einzelne Bürger gegen eine zu rasche Bevormundung durch andere Formen geschützt wird. Die erste Prüfung des Falles geht nämlich auch hier wie in anderen Fällen von der Vormundschaftsbehörde aus auf Anzeige der Anverwandten oder der Kirchenstillstände oder auch ohne solche von Amtes wegen. In älterer Zeit gelangte die Sache aber immer an den Kleinen Rath für die Stadt und die inneren Vogteien, an die Herrschaftsgerichte in den äusseren Vogteien, gegenwärtig an den Bezirksrath. Haben sich dann die Waisenbehörden von der Nothwendigkeit der Bevormundung überzeugt, so wird die Sache erst den Gerichten überwiesen. Willigt der zu Bevogtigende freiwillig ein, so macht freilich die Sache keine Schwierigkeit; indess muss er doch selbst in diesem Falle persönlich vor dem Gerichte erscheinen und seine Zustimmung erklären. Verweigert er dieselbe, so bedarf es eines Processes, um die Bevogtigung gerichtlich bestätigen zu lassen. Ist sie auf die eine oder andere Weise sicher gestellt, so wird das Publikum durch die Gerichte von dem Geschehenen in Kenntniss gesetzt und öffentlich vor jedem Geschäftsverkehr mit dem Bevogteten, ohne Wissen seines Vormundes, gewarnt[221]). Diese Vormundschaft wird wieder aufgehoben, wenn der Bevogtete sich zwei Jahre lang ordentlich betragen und sich von Neuem würdig und fähig gezeigt hat, seinen Sachen selbst vorzustehen. Auch diese

---

220) Vorm. Ges. v. 1792. I. §. 6. v. 1817. §. 6. und 41.

221) Mandat v. 1572. Vorm. Ges. v. 1792. I. §. 7. II. §. 5. v. 1817. §. 7. 41.

Entlassung geschieht durch Zusammenwirken der Vormundschaftsbehörden mit den Gerichten.

3) Von der Vormundschaft über die Ehefrauen der Falliten haben wir schon oben in §. 29. gehandelt.

4) Vormundschaft für Abwesende. Wenn der Aufenthaltsort eines Abwesenden unbekannt ist, und er keinen Stellvertreter bezeichnet hat, um in seiner Heimat sein Vermögen zu verwalten, so treten auch da die Vormundschaftsbehörden vorsorgend und schützend ein und ernennen einen Vormund, der das Vermögen verwalte und für den Abwesenden handle. Die Befugnisse dieses Vormundes werden im Ganzen im Sinne der Vormundschaft über Minderjährige bestimmt. Aber zwischen beiden Arten der Vormundschaft besteht zugleich eine wesentliche Verschiedenheit, die hinwieder Einfluss auf die Behandlungsweise haben muss. Die Minderjährigen sind nämlich persönlich unfähig zu eigener Verwaltung. Die Abwesenden dagegen sind persönlich dazu fähig, aber es ist um ihrer Entfernung willen oder vielmehr wegen der Ungewissheit ihres Aufenthaltes die Ausübung ihrer Verwaltung in der Heimat unmöglich, wenn nicht für ihre Stellvertretung ohne ihr Zuthun gesorgt wird. Somit kann man nur uneigentlich von einer Vormundschaft über Abwesende reden, denn sie sind persönlich in keiner Weise an den Willen der Vormundschaftbehörden gebunden. Sobald sie erscheinen, können sie über ihr inzwischen von dem Vormunde verwaltetes Vermögen frei verfügen, und die Behörden müssen ihre Verfügungen, da sie von selbständigen Leuten ausgehen, ihrerseits respectiren. Desshalb haben wir mit Absicht die Vormundschaft als eine Vormundschaft für Abwesende bezeichnet.

Dieselbe darf auch nicht bloss als eine Vormundschaft über das Vermögen der Abwesenden angesehen werden, sondern neben der Verwaltung dieses Vermögens ist zugleich der Vormund in Verbindung mit den Behörden als bevollmächtigter Stellvertreter des Abwesenden anzusehen. Insofern wird in seinem Namen contrahirt,

werden Erbschaften angetreten und andere Rechtsgeschäfte vorgenommen. Sie hat somit ausser der sächlichen Bedeutung, die sich auf den Schutz und die Wahrung des vorhandenen Vermögens bezieht, auch eine persönliche, insofern in ihr die Befugniss zur Stellvertretung liegt. Nur ist diese persönliche Bedeutung immer beschränkt durch die Rücksicht darauf, dass der Abwesende nicht eines über ihn gesetzten Vormundes, sondern nur eines für ihn handelnden Stellvertreters bedarf[222]).

§. 36. Charakter des Forderungsrechtes.

Auf keinem Gebiete des Privatrechtes der germanischen Staaten hat das römische Recht so grossen Einfluss erlangt als auf dem Gebiete des Rechtes der Forderungen. Zu derselben Zeit, als der Verkehr in den Städten anfing lebhafter zu werden und verwickeltere Vertragsverhältnisse häufiger zu machen, zog die erneuerte Wissenschaft des römischen Rechtes die öffentliche Aufmerksamkeit mit Gewalt an sich. Die sehr ausgebildeten, eine Menge einzelner Fälle scharf behandelnden Theorien der römischen Juristen, wie sie sich in den Digesten gesammelt vorfanden, schienen ein praktisches Bedürfniss zu befriedigen, welches in einer gerade hier noch wenig entwickelten deutschen Rechtskunde keine Befriedigung fand. Zugleich hatte das römische Recht selbst in seiner neuesten Justinianischen Gestaltung, welche allein dem europäischen Mittelalter bekannt geworden, vieles von seiner frühern nationalen Eigenthümlichkeit verloren. Es war vorzüglich seit dem Untergange der Klageformeln, die früher für die ganze Bedeutung und Wirksamkeit des ältern römischen Obligationenrechts so sehr wichtig waren und demselben einen höchst eigenthümlichen civilen Charakter verliehen, viel abstracter und auch für

222) Vormundschaftsgesetz v. 1792. I. §. 8. v. 1817. §. 3. Vergl. Mon. Chron. VII. 69.

fremde Völker sehr viel zugänglicher und verständlicher geworden, wodurch die Möglichkeit seiner Herrschaft sehr gefördert ward.

Dessen ungeachtet finden wir selbst hier das römische Recht nicht ohne weiters wie es war auf die neue Welt übergehen. Indem es sich über diese ausbreitete, musste es zugleich dem Geiste der neuen Welt wesentliche Concessionen machen und bedeutende Modificationen in sich aufnehmen. Nur indem es sich diesem anschmiegte, konnte es zur Herrschaft gelangen.

Die Veränderung, welche das gemeine Recht erlitt, betrifft sogar den bedeutendsten Theil des Obligationenrechts, die Erzeugung einer persönlichen Verbindlichkeit durch Vertrag. Selbst das Justinianische Recht verweigerte noch einem blossen Vertrage die Klagbarkeit. So sehr sich auch die Ausnahmen in der spätern Zeit zu Gunsten der Wirksamkeit blosser formloser Verträge vermehrt und an Ausdehnung gewonnen hatten, so war doch immer noch die Stipulatio die regelmässige Form geblieben, einen vollkommenen Contract abzuschliessen[223]. Diesen Hauptgrundsatz musste die neue Zeit verwerfen, denn von einer Stipulatio wusste sie nichts und eine solche Form, der nur das Leben Sinn verleiht, liess sich nicht von den Juristen dem Volke aufzwingen.

Eben so wenig verstanden die Juristen aber, den Reichthum an Vertragsformen, welcher noch unentwickelt in älterer deutscher Sitte verborgen lag, hervorzuziehen und gehörig zu beachten. Sahen sie doch vornehm genug herunter auf das Recht, welches in ihrem Volke aufgewachsen, aber nicht in kostbaren Manuscripten und in lateinischer Sprache geschrieben war! Daher wussten sie nicht anders sich zu helfen, als von der Stipulatio die römische Form abzuschälen und den materiellen Gehalt, die Vereinbarung des Willens, gleichviel wie er sich geäussert hatte, für

---

223) Vergl. meine Recension der Erbverträge v. Beseler in den Hallischen Jahrbüchern. 1838. S. 1316 ff.

genügend zu erklären, um einen bindenden Vertrag zu begründen. Abstracte Vorstellungen von Willensfreiheit und vermeintliche Festhaltung der deutschen Treue an dem gegebenen Worte trugen das Ihrige dazu bei.

So wurde nun, was die römischen Juristen von der Stipulatio gesagt hatten, auf alle Verträge überhaupt ausgedehnt und die Klagbarkeit auch der formlosen Verträge als Grundprincip beibehalten[224]. Damit musste nothwendig die römische Lehre von der Entstehung der Contracte zusammenstürzen. Und so bildete sich ein neues gemeines Recht aus, zum Theil auf unrömischer Grundlage ruhend, aber seine Theorie im Einzelnen fast ganz aus der römischen Lehre schöpfend.

Das neuere gemeine Recht der Forderungen hat aber noch ein anderes Element in sich, welches mit den römischen Theorien nur in einer sehr mittelbaren Verbindung steht. Der Handel, die Fabrikation und die Industrie überhaupt in dem Umfange, wie sie gegenwärtig zu einem der mächtigsten Hebel des gesammten Lebens geworden sind, gehören offenbar der neuern und neuesten Zeit an. Das römische Recht — so weit wir dasselbe wenigstens kennen — scheint nur ein sehr dürftiges Handelsrecht besessen zu haben, und kann der neuern Zeit in dieser Beziehung in keiner Weise genügen. Der verfeinerte Weltverkehr, an dem verschiedene Nationen Theil nahmen, schuf eine Menge von neuen Instituten, die namentlich auch eine höchst eigenthümliche juristische Bedeutung erhielten. Auf dieser modernen Basis erwuchs denn eine durchaus neue Theorie eines europäischen Handelsrechtes, die freilich noch lange nicht ihrer Vollendung zugereift ist, die aber in neueuropäischen Lebensverhältnissen wurzelnd diesen neuen Gesichtspunkt festzuhalten gezwungen ist. Wenn es erlaubt ist, einen altrömischen Ausdruck für diese neue Gestal-

224) Vergl. darüber die schöne Ausführung bei Beseler Erbverträge. II. S. 27. ff.

tung zu brauchen, so können wir in diesen Rechtsverhältnissen ein neues Jus Gentium erkennen.

So sehen wir überall ein gemeines Recht auf dem Gebiete der Forderungsrechte vorherrschen, entweder das römische in seiner modernen Gestalt, oder dieses neueuropäische. Die Abweichungen der einzelnen Partikularrechte und so denn auch des unsrigen können daher hier nur in eine ganz untergeordnete Berücksichtigung fallen. Darum wäre es durchaus unpassend, gelegentlich bei Behandlung des Zürcherischen Rechtes auch die gemeine Theorie zu erörtern, die vielmehr ihrem Wesen nach aus einem viel freieren, umfassenderen Gesichtspunkte allein zu begreifen ist. Auf der anderen Seite können wir uns aber auch nicht damit befassen, alle die kleinen geringfügigen Nüanzen einzeln aufzuzählen, die ja ohne jene gemeine Theorie gar nicht verständlich wären.

Es bleibt uns demnach dem Plane dieses Werkes gemäss nichts anderes übrig, als einige Hauptinstitute, die meistens auf germanischem Recht basirt, eine eigenthümliche besondere Gestaltung in unserm Rechte erlangt haben, wie namentlich die Lehre von den Schuldbriefen, hervorzuheben und im Einzelnen näher zu betrachten. Dagegen werden wir alle übrigen Institute, als z. B. die ganze so höchst interessante Lehre von den Gesellschaften, welche nur von dem modernen Standpunkte aus gehörig begriffen werden können, die Lehre von den Assecuranzen, von den Wechseln, die bereits eine Zürcherische Bearbeitung erfahren hat[225]), so gut als die Lehre von den Verträgen im Allgemeinen u. s. w. gänzlich zur Seite lassen.

---

225) Dr. Jakob Pestalutz Abhandlung über das Zürcherische Wechselrecht, mit Vergleichung der Augsburger, St. Galler und Baseler Wechselordnung. Zürich 1827.

§. 37. Verpflichtung zur Armenunterstützung.

1. Unser Armenrecht ist zwar lange nicht so ausgebildet als das Armenrecht in andern germanischen Ländern, namentlich in dem alten skandinavischen Norden[226]), aber doch immerhin von nicht geringem juristischem Interesse und ehrwürdig durch seine Grundlage. So lange noch die Ehefrau in der Haushaltung des Ehemanns, die Kinder in dem Hause des Vaters leben, werden ihre Ansprüche auf gehörigen Lebensunterhalt schon durch die ganze Gestaltung der ehelichen und väterlichen Vormundschaft charakterisirt und geregelt und es gehört die ganze Sorge für körperliches und geistiges Wohlsein je nach den Verhältnissen der Familie zu den Aeusserungen des Familienlebens, fällt somit auch unter den Gesichtspunkt des Familienrechtes. Ist nun aber die Familie getrennt und sind die Kinder selbständig geworden, aber dennoch einer Beihülfe bedürftig, oder sind die Eltern verarmt und nicht im Stande sich selber die nöthige Subsistenz zu verschaffen, so hilft das oben schon behandelte Familienrecht nicht aus, eben weil hier Eltern und Kinder nicht mehr zusammen nur Eine Haushaltung bilden, deren Einkünfte und Ausgaben in Einer Hand concentrirt sind. Es wird daher das Unterstützungsverhältniss mehr den Charakter eines obligatorischen Verhältnisses, wie zwischen zwei einander sonst unabhängigen nur in dieser Einen Beziehung mit einander verbundenen Personen annehmen. Dieser obligatorische Charakter tritt indessen in unserem Rechte nicht so stark hervor, wie im römischen Rechte; vielmehr zieht sich die Rücksicht auf familienrechtliche Verhältnisse durch unser ganzes Armenrecht als wesentlich und bestimmend hindurch und bewirkt, dass dasselbe auf der Gränze liegt zwischen Familien- und Obligationenrecht, die Wurzeln in jenem schla-

---

226) Vergl. darüber Michelsen über altnordisches Armenrecht in den Eranien zum deutschen Recht. I. S. 117. ff.

gend und seine Säfte aus jenem ziehend, die äussere Erscheinung aber andern obligatorischen Verhältnissen nachbildend.

2. Voraus sind die Verwandten eines Armen verpflichtet, demselben beizustehen und ihn zu unterstützen. Dabei ist indessen wohl zu beachten, dass keineswegs die Blutsverwandschaft hier als Quelle der Unterstützungspflicht angesehen wird, sondern vielmehr die erbfähige Verwandtschaft. Das Recht einen Verwandten nach seinem Tode zu beerben und die Verpflichtung ihn im Verarmungsfalle zu unterstützen gehen von Alters her parallel.

Herrschaftsrecht von Andelfingen v. 1534. Art. 56. h. Es soll ouch allweg vatter vnnd nit muttermaag schuldig sin die kynnder oder annder dürfftig lüth ze erzychen.

Grafschaftsrecht von Kyburg von 1578. Art. 56. So ist auch der Graffschafft Recht, welcher je dess abgangnen Menschen Guet, ob er etwas verliesse, der nechst erb ist, der ist auch schuldig, desselben abgangnen Kinder, ob er einiche und aber kein Guet verliesse, zu erzüchen.

Ebenso das Herrschaftsrecht von Wülflingen von 1585. Art. 49.

Herrschaftsrecht von Ossingen von 1601. Vnnd wann vnerzogen kinder vnd aber kein guot verhanden Ist, so ist nach gmeinem bruch vnd rechten Vatermag schuldig, die kinder zuo erzüchen.

Stadterbrecht von 1716. Th. II. §. 15. S. 46. Alles in der Meinung, dass auch solche Bruder- und Schwester-Kinder oder andere Verwandte in weitern Graden, die Pflicht auf sich haben sollen, ihres verstorbenen Vaters oder Mutter Bruder oder Schwester oder Verwandte in weitern Graden, wenn sie zu Mangel und Armuth kämen, mit nothdürtigem Unterhalt nach Proportion zu verpflegen. Erläuterung von 1743. §. 1.

Daraus folgt einmal, dass die Eltern keineswegs als solche verpflichtet sind, verarmte Kinder zu unterstützen; vielmehr

wird in der Regel die Mutter, nämlich insofern und insoweit sie nicht erbfähig ist, so wenig als die Muttermagen angehalten werden können, zur Unterstützung beizutragen. Es folgt daraus aber auch zugleich, dass die Unterstützungsverpflichtung nicht auf den Kreis der nächsten Vorfahren oder Nachkommen eingeschränkt ist, sondern sich auch über die Seitenlinie bis auf ferner stehende Grade ausdehnt [227]).

Da nun aber das Erbrecht von 1716. den Pflichttheil der den erbfähigen Verwandten hinterlassen werden muss, je nach der Nähe derselben verschieden bestimmt und auf den dritten Grad züricherischer (den sechsten Grad römischer) Berechnung beschränkt hat: so dürfen wir wegen des engen Zusammenhanges zwischen jener Verpflichtung, arme Verwandte erhalten zu helfen und dem Rechte, mit Sicherheit, wenn diese Verwandten mit Hinterlassung von Vermögen stürben, auf einen Erbtheil zu rechnen, ohne Bedenken schliessen, dass durch dieselben gesetzlichen Bestimmungen auch jene Verpflichtung näher regulirt, somit je nach der Verminderung des Pflichttheils auch vermindert werde und mit diesem im dritten Grade zu Ende gehe.

3. Wenn keine zur Unterstützung verpflichteten und zugleich geeigneten Verwandten vorhanden sind, dann geht die Verpflichtung auf die Gemeinde über, deren Bürger der Arme ist. Insofern ist die Bürgergemeinde wie ein weiterer Familienkreis zu betrachten. Ihre Bürger sind unter sich durch ein gegenseitiges Band persönlich

---

227) Man kann Zweifel haben über den Sinn der neuesten Bestimmung des Gesetzes v. 9. Hornung 1836. §. 2. Es lassen sich nämlich da vier mögliche Ansichten denken; 1) es sollte durch dieselbe nichts an dem ältern Rechte verändert werden; 2) es sollte die Verpflichtung der erbfähigen Verwandten auf erbfähige Eltern, Grosseltern, Kinder und Enkel beschränkt werden; 3) sie sollte auf alle Eltern, Grosseltern, Kinder und Enkel, seien sie erbfähig oder nicht, ausgedehnt werden; 4) sie sollte auf diese Blutsverwandten subsidiär — nachdem der Kreis der Vatermagen, in dem sie theilweise freilich zunächst vorkommen, fruchtlos angesprochen ist — ausgedehnt werden. Die Bestimmung ist daher gewiss kein Muster einer guten Redaktion.

zusammen gehalten und sehen die Noth des Einzelnen als ein Uebel an, welches der ganzen Corporation widerfährt, und welches zu heben ihre Pflicht ist. Man darf nicht zweifeln, dass diese Verpflichtung der Gemeinden uralt ist, wenn schon die geschriebenen Quellen sie nur selten erwähnen. In den zürcherischen Einzugsbriefen des sechszehnten Jahrhunderts wird derselben regelmässig gedacht, und auch die eidgenössischen Abschiede für das Thurgau aus derselben Zeit erwähnen häufig den Grundsatz, dass jede Gemeinde ihre Gemeindsgenossen selbst erhalten müsse. Diese Verbindung hat vorzugsweise einen persönlichen Charakter, indem weder die sämmtlichen Einwohner einer Gemeinde für Armenunterstützung in Anspruch genommen werden dürfen, sondern nur die Bürger der Gemeinde, und auf der andern Seite auch nicht alle verarmten Einwohner unterstützt werden, sondern immer nur die Bürger. Von diesem Gesichtspunkte aus hat sich der Gegensatz zwischen Bürgern und blossen Einwohnern (Ansässen) am frühesten und zugleich am stärksten geltend gemacht. Da indessen die Pflege der Armen mit eine der Hauptaufgaben der christlichen Kirche ist und die bedeutenderen freiwilligen Beiträge für ihre Unterstützung doch vornämlich in den Kirchen eingehen, so ist es begreiflich, dass die Verpflichtung, für die armen Mitbürger zu sorgen, zunächst der bürgerlichen Kirchgemeinde obliegt, und dass die Verwaltung des Armenwesens in der Regel den Kirchenstillständen zugehört.

4. Die wesentliche Voraussetzung der Unterstützung ist auf Seite des Unterstützungbegehrenden Armuth, d. h. Unvermögen sich zu ernähren und überhaupt die nothwendigen Lebensbedürfnisse zu befriedigen. Schon hier tritt übrigens ein Unterschied ein, je nach den verschiedenen Kreisen der Unterstützungspflichtigen. Je enger noch dieser Kreis durch Familienbande gezogen ist, desto bälder ist die Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen; je ferner derselbe dagegen dem ursprünglichen Zusammenleben in der Familie steht, desto strenger muss jene Voraussetzung in-

terpretirt werden. Soll die Gemeinde, welche am fernsten steht, zur Unterstützung verpflichtet sein, so muss es dem Pflichtigen gänzlich an allen psychischen und physischen Kräften fehlen, um die dringendsten Bedürfnisse des menschlichen Lebens zu befriedigen. Wo daher nicht entweder Jugend oder Krankheit oder Alter den Gebrauch der natürlichen Kräfte verhindert, wird es lediglich von dem freien Willen der Gemeinde abhangen, eine Unterstützung zu geben. Eine Verpflichtung dazu aber ist nicht vorhanden[228].

5. In einem ähnlichen Verhältniss steht auch der Umfang der Unterstützungspflicht. Auch da wird es weder gut noch möglich sein, abstrakte Regeln zu geben, durch welche derselbe zum Voraus genau bestimmt würde. Sondern es wird vielmehr grossen Theils einem vernünftigen Ermessen anheim zu stellen sein, um je nach Umständen dem individuellen Falle gemäss das gehörige Mass zu finden. Nur einige Gesichtspunkte lassen sich hervor heben, auf die vorzüglich zu sehen ist. So wird man namentlich wieder darauf achten müssen, in welchem persönlichen Verhältnisse der Unterstützungspflichtige zu dem Berechtigten stehe. Je enger sie durch die Familie verbunden sind, desto mehr wird der individuelle Gesichtspunkt, die Rücksicht auf die Familie hervortreten, und es kann sich sogar die Unterhaltungspflicht ausdehnen bis auf die Verpflichtung, standesgemässen Unterhalt zu liefern, z. B. für einen reichen Sohn gegenüber seinem in Armuth gerathenen Vater. In weiteren Kreisen der Verwandtschaft wird sich diese Verpflichtung schon immer mehr auf das Nothwendige beschränken, bis denn die sämmtlichen Armen gegenüber der Gemeinde auf gleicher Stufe stehen. Ferner kommt in Betracht die grössere oder geringere Fähigkeit des Pflichtigen, die nöthigen Mittel der Unterstützung also namentlich auch das nöthige Geld aufzubringen. Ueberfluss auf

228) Vergl. darüber auch Gesetz v. 9. Hornung 1836. §. 2. 3. N. S. IV. 178. und 179.

seiner Seite ist keineswegs erforderlich, aber doch muss für ihn die Möglichkeit noch sein, ohne zu lästige eigene Beschränkung dem Bedürftigen beizustehen. Endlich ist darauf zu sehen, dass die Art der Unterstützung so geschehe, wie sie, ohne ihren Effekt zu hindern, dem Pflichtigen am wenigsten beschwerlich fällt. Es wird somit die Wahl bei verschiedenen Möglichkeiten von ihm abhangen, und ebenso wird er auch selber Bedingungen an seine Leistungen knüpfen können, welche sich aus jenem Gesichtspunkte rechtfertigen.

Bei Kindern kann sich die Unterstützungspflicht nicht auf blossen physischen Lebensunterhalt beschränken, sondern muss auf die geistigen Bedürfnisse der Erziehung ausgedehnt werden.

§. 38. Lehre von den Schuldbriefen.

A. Einleitung.

Der Schuldbrief ist ein für den ganzen Verkehr so wichtiges und juristisch so interessantes Institut, dass wir es wohl zu rechtfertigen hoffen, wenn wir bei dieser Lehre etwas länger verweilen. Dieses Institut hat sich erst in der neuern Zeit aus den Bedürfnissen des Verkehres auf eine sehr eigenthümliche Weise entwickelt. Indem sich der Schuldbrief losmachte von der Unbeweglichkeit der Gülten und entschiedener den Charakter des Darlehns festhielt, blieb derselbe doch fortwährend in der engsten Verbindung mit dem darin verpfändeten Grundstücke und erhielt zugleich ein besonderes Leben, welches ihn befähigte, aus der Reihe des gewöhnlichen obligatorischen Verkehrs heraus zu treten. Es ist die Geschichte dieses Institutes ein Beweis, dass die neuere Zeit nicht bloss fähig war, in ganz neuen Sphären, wie im Handelsrechte, eigenthümliche Institute zu schaffen, sondern dass es ihr auch gelingen konnte, in engern Verkehrsbeziehungen auf der Basis althergebrachter Verhältnisse, producirend zu werden.

Hätte die Herrschaft der fremden Rechte in Deutschland nicht überall hemmend und niederdrückend gewirkt, so würden wir auch dort auf eine Menge analoger Erscheinungen treffen.

Zu Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts schon wurde der alte Charakter der Gült als eines Rentenkaufes nicht mehr festgehalten und fing auch äusserlich die Bedeutung des Geschäftes als eines Darlehens an sich geltend zu machen[229]. Immer aber konnte diese Bedeutung, so lange im Uebrigen die Form der Gülten beibehalten wurde, in derselben nur unvollkommen sich äussern, da jene Form doch immer von einem Kaufe hergenommen war, während die eigentliche Absicht der Contrahenten auf ein Darlehen gerichtet war. Der Schritt, geradezu diesen Dalehenscharakter auch in der Form der Urkunde festzuhalten, schien daher mit Nothwendigkeit von dem Bedürfnisse der Zeit gefordert, und da man sich bereits daran gewöhnt hatte, auch für Darlehen Zinse zu fordern und solches für erlaubt zu halten; da man ferner ein Pfandrecht auf Liegenschaften (Satzung), sobald dasselbe in gehöriger öffentlicher Form bestellt war, als eben so tauglich ansehen musste, das Darlehen sicher zu stellen wie die Gült, um den Kaufpreis zu gewährleisten: so gelangte man zu der Form des Schuldbriefes. Auch noch einen andern Vortheil schien dieses neue Geschäft zu haben, wodurch es sich hauptsächlich von der Gült unterschied, nämlich den Vortheil grösserer Beweglichkeit. Die ursprünglichen Gülten waren ihrer Natur nach unauflöslich. In der spätern Zeit wurde zwar die Auflöslichkeit — selbst zu Gunsten des Rentenkäufers (Creditors) — häufiger ausbedungen. Immer aber lag doch in dem ganzen Geschäfte etwas Steifes, Unbewegliches. Die Auflösung wurde doch nur als eine ferne Möglichkeit betrachtet, die etwa auch eintreten könne, in der Regel aber erst in später Zukunft wirklich eintrete. Für die ersten Schuldbriefe dagegen

---

229) Oben Buch III. §. 20. S. 423.

ist es ganz charakteristisch, dass sie nur auf kurze Zeit, nur auf drei Jahre eingegangen wurden, so dass mithin gerade umgekehrt die Auflösung des Schuldverhältnisses nach kurzer Frist als das Regelmässige erschien [230]).

Im Jahr 1582 wurden zuerst sechsjährige Schuldbriefe gestattet, und in der Folge noch länger dauernde. So eignete sich der Schuldbrief für beides, sowohl um kürzere als um längere Schuldverhältnisse der Art zu begründen. Und da das Institut zugleich fähig war, über das Institut des Darlehens hinaus auch Kaufsummen oder andere verzinsliche Geldschulden auf gleiche Weise in sich aufzunehmen und sicher zu stellen; so verdrängte es in kurzem die Gülten gänzlich, so dass schon in der zweiten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts nur noch selten neue Gülten errichtet wurden.

§. 39. B. Geldaufbruchschein (Copie).

Dem eigentlichen Schuldbriefe, inwiefern darin ein verzinsliches Darlehen liegt, geht dann regelmässig ein Darlehensvertrag vorher, der in unserm Rechte auch ohne irgend eine besondere Form gleich andern formlosen Verträgen volle Geltung hat. Weil nun aber zugleich in dem Schuldbriefe eine Verpfändung von Liegenschaften liegt, und die Ausdehnung und der Werth dieser Liegenschaften auf den Creditor gewöhnlich bestimmend wirkt, um ihn zu dem Darlehen zu vermögen; so pflegten die Schuldner schon frühe sich von den Landschreibern sogenannte Copien oder Geldaufbruchscheine ausstellen zu lassen, worin auf eine amtlich beglaubigte Weise die zu verpfändenden Liegenschaften bezeichnet waren. Der Notar ist verpflichtet, in diesem Scheine, so weit er aus seinen Protokollen Kenntniss erlangt, die dem Schuldner zugehörigen und von ihm

230) Gerichtsbuch v. 1553. Abschnitt III.

zur Verpfändung angebotenen Liegenschaften — jedoch ohne Angabe der Anstösser — ihrem Umfange nach aufzuzählen, und bedeutendere Servituten, Reallasten und ältere Verpfändungen, die darauf haften, anzugeben[231]).

Sind nun der Creditor und der Schuldner über die nähern Bedingungen des Darlehens einig geworden, so werden sie gewöhnlich von dem ersten auf die Copie geschrieben und unterschrieben, und diese dem Schuldner zur Besorgung des Schuldbriefes in der Notariatskanzlei übergeben.

Wir haben somit hier bereits ein dem eigentlichen Darlehen vorher gehendes obligatorisches Verhältniss zwischen dem Darleiher und dem Entlehner. Insbesondere ist jener schuldig, diesem zur rechten Zeit gegen Uebergabe des Schuldbriefes die versprochene Geldsumme zu übergeben, und den Schaden zu ersetzen, der aus einer widerrechtlichen Zögerung dem Entlehner erwächst, z. B. weil er inzwischen anderswo um höhere Zinsen Geld erheben muss, oder weil er einen andern Creditor, den er aus der entlehnten Summe befriedigen wollte, nun ebenfalls nicht zur rechten Zeit befriedigen kann und desshalb in eine Conventionalstrafe verfällt.

Der Creditor ist aber hinwieder auch nicht verpflichtet, sein Geld anders als gegen einen gehörigen Schuldbrief aushin zu geben. Er braucht sich namentlich nicht zu begnügen mit einer blossen Bescheinigung der Notariatskanzlei, dass die Schuldverschreibung im Protokoll vorgemerkt sei; denn einmal verliert die bloss protokollirte Schuld nach zwei Jahren ihr Pfandrecht von selbst, während doch das Rechtsgeschäft gerade den Zweck hatte, dauernde Sicherheit zu verschaffen[232]) und ausserdem hat der Schuldbrief als Rechts-

231) St. L. R. Th. V. §. 13, 14. S. 61. Notariats Ordnung v. 1804. §. 1.

232) St. L. R. Th. X. §. 42. S. 156.: « Wann aber selbige (Schulden) keinen jüngern Briefen vorgestellet, dennoch im ordentlichen Protokoll mit benennten und specificirten Pfanden eingezeichnet, und bei zweyen Jahren von deren Angebung an gerechnet, der Brief noch nicht ausgefertiget worden wäre, sollen solche den lauffenden Schulden gleich geachtet werden."

titel und Sache zugleich für den ganzen Rechtsverkehr eine höchst eigenthümliche Bedeutung, welche das blosse Zeugniss, dass eine Schuld protokollirt sei, nicht ersetzen kann.

§. 40. C. Form, Inhalt und Bedeutung des Schuldbriefes.

1. Der Schuldbrief stellte sich seiner ursprünglichen Form nach oft mehr als gerichtliche Schuld und Pfandurkunde, in der neuern Zeit mehr als eine notarialische Urkunde dar, die indessen auch jetzt noch der Siegelung durch den Gerichtspräsidenten bedarf, somit jenen ursprünglichen Charakter insoweit immer noch darstellt. In früherer Zeit wurden dergleichen Urkunden ausgestellt und mit öffentlichem Glauben versehen, ohne gerade nothwendig in einem Protokolle genau eingetragen oder auch nur verzeichnet zu sein. Gegenwärtig erscheint die Urkunde selbst mehr als ein sorgfältiger Auszug aus dem Notariatsprotokolle, welcher freilich keineswegs die Natur einer blossen Copie, sondern ein selbständiges Dasein als Schuldurkunde hat. Sie setzt aber ein Protokoll voraus, worauf sie beruht, und an welches sie sich anschliesst. Die Einrichtung dieser Protokolle, wie sie bei uns hergebracht ist, steht auf keiner hohen Stufe der Vollendung. Das Aneinanderreihen der verschiedenen Eintragungen nämlich wird keineswegs durch das Objekt der Verpfändung, also nicht durch das Rechtsgeschäft selbst, sondern lediglich durch die Zeit bedingt, in welcher eines nach dem andern der Notariatskanzlei angezeigt und daselbst ins Reine gebracht wird. Die Verbindung mit frühern und mit spätern Verpfändungen desselben Grundstücks ist demnach nicht sofort aus diesen Büchern ersichtlich, sondern muss erst hinterher durch Verweisungen und Nachschlagungen hergestellt werden. Dessen ungeachtet sind diese Notariatsprotokolle nunmehr als Grundlage des ganzen Institutes und Garant der Sicherheit des darauf beruhenden Verkehres zu betrachten.

2. Dem Inhalte nach enthält der wahre Schuldbrief immer ein Gelddarlehen, und zwar in der Regel ein verzinsliches. Es wird daher im Eingange des Schuldbriefes das Darlehen und die näheren Bestimmungen über Verzinsung, Rückzahlung u. s. f. bezeichnet. Ausser dieser eigentlichen Bedeutung des Schuldbriefes kann aber allerdings auch eine andere Schuldverpflichtung auf ähnliche Weise versichert und die Schuldurkunde möglicher Weise Gegenstand des Verkehres werden. Dahin gehören vor allem die sogenannten Kaufschuldbriefe, in denen der Kaufpreis ganz oder zum Theil auf das Kaufobjekt versichert wird, die Weibergutversicherungsbriefe und andere ähnliche.

Die Kaufschuldbriefe unterscheiden sich aber, abgesehen von dem verschiedenen Entstehungsgrunde, von den gewöhnlichen Schuldbriefen darin auch dem Effekte nach, dass man sich immer noch Einreden als möglich denken und gefallen lassen muss, welche der Schuldner gegen die Schuldverpflichtung stellen kann, wenn von Seite des Verkäufers der Kaufvertrag nicht gehörig erfüllt worden ist, namentlich wenn es sich zeigt, dass der Verkäufer Lasten, die auf dem Grundstücke haften, verschwiegen hat[233]. Von der Möglichkeit solcher Einreden und solcher Gegenrechnung kann bei dem gewohnten Schuldbriefe keine Rede sein. Auf einen praktischen Unterschied der Weibergutsversicherungsbriefe von den einfachen Schuldbriefen haben wir oben schon aufmerksam gemacht[234].

Immer aber kann die eigentliche Natur des Schuldbriefes nur da hervortreten, wo eine Geldschuld[235]) ver-

---

233) St. L. R. Th. V. §. 16. S. 65.: „In die Kauf-Schuld-Briefe aber selbst sollen sie (die Landschreiber) sezen, wann sich auf dem verkauften Gut anders und weiters erfunde und hervor käme, als aber durch den Verkäuffer bei dem Kauf angezeiget und vermeldet worden, dass der Käuffer solches bey dem ausstehenden Kauff-Schilling innbehalten, und sich damit entheben und schadlos machen soll und möge."

234) §. 23. S. 142.

235) St. L. R. Th. V. §. 11. S. 60.: „Es sollen auch keine Gült-

sichert werden soll, indem auch nur diese sich eignet, im Verkehre die freie Beweglichkeit anzunehmen, welche der Schuldbrief erfordert, weil nur das Geld ein allgemeines Umsatzmittel und ein überall anerkannter Masstab für alle andern Vermögensrechte ist.

3. Diese Geldschuld erhält dann durch Eintragung in das Notariatsprotokoll ein Pfandrecht auf eine Liegenschaft, welche in dem Schuldbriefe hinwieder genau sammt ihren Anstössern und den schon früher darauf haftenden ältern dinglichen Rechten als namentlich Servituten, Reallasten, Pfandrechten von dem Notar bezeichnet werden muss[246].

4. Der mit gerichtlichem Siegel ausgefertigte Schuldbrief hat als solcher obligirende Kraft; eben weil die Urkunde mit öffentlichem Glauben ausgerüstet ist. Nicht bloss wird durch die Production des Schuldbriefes ein vollständiger Beweis für das wirkliche Dasein der darin bezeichneten Schuld geleistet, sondern die Schuld selbst ist durch die Form des Schuldbriefes zu einer eigenthümlichen Schuld geworden, deren Dasein und Anerkennung weder von andern Beweisen abhängt noch selbst an die rein obligatorischen Schicksale des ursprünglich dem Schuldbriefe vorausgegangenen Darlehensvertrages gebunden ist. Das früher auf blossem Vertrage beruhende Darlehen wird nun eben zum schuldbrieflichen Darlehen und erhält in und mit der neuen Form auch ein neues eigenes Leben. Ja der Schuldbrief wird als solcher hinwieder Gegenstand des Vekehres, er wird zur Sache, an der man Eigenthum haben kann, und das Eigenthum an der Sache zieht auch die darin eingeschlossene Forderung mit in den Bereich seiner Herrschaft hinein.

Eben um dieser Bedeutung des Schuldbriefes willen für den Verkehr ist es für den Schuldner so wichtig, den-

---

oder Schuldbriefe weder an Wein, Früchten noch von einigen andern Waaren Schulden; sondern allein an Gelt angelegt; und von dem Anleiber die völlige Summe, ohne einigen Abzug oder Hinterhalt dargeschossen werden."

246) Vergl. St. L. R. Th. V. §. 15. S. 63. Notariatsg. v. 1804. §. 2.

selben dem Gläubiger nur zu überreichen gegen das versprochene Geld, Zug um Zug. Denn sobald der Gläubiger den Schuldbrief in Händen hat, gesetzt auch der Schuldner hätte die Summe entweder gar nicht oder nur theilweise empfangen, so wendet sich die Kraft, die in dem Schuldbriefe liegt, die Autorität desselben schon drohend gegen den Schuldner, indem der vollständige Beweis für das wirkliche Dasein der Schuld in Händen des Gläubigers liegt. Freilich bleibt dem Schuldner noch die Möglichkeit offen, der Schuldforderung seines ursprünglichen Gläubigers die Einrede nicht geleisteter Zahlung entgegen zu setzen, denn es liegt in dem Missbrauche der formellen Natur des Schuldbriefes von Seite des Gläubigers, der recht wohl weiss, dass er vorerst hätte das Geld dem Schuldner vorstrecken sollen, eine Verletzung der Treue und des guten Glaubens, welche den Schuldner vollständig berechtigt, sich darauf zu berufen, und so lange die Forderung des Gläubigers abzuwenden, bis dieser seine vorherige Verpflichtung erfüllt hat. Allein einmal ist der Beweis der nicht geleisteten Zahlung sehr schwierig und die Lage des Schuldners, der sich darauf berufen muss, sehr bedenklich. Und überdem hilft die Einrede selbst dann nicht immer, wenn sie wirklich erwiesen werden kann.

Darin zeigt sich nun eben die Natur des Schulbriefes sehr klar, dass jeder Dritte, welcher den Schuldbrief in gutem Glauben erwirbt, berechtigt ist, der Glaubwürdigkeit desselben, die alle öffentliche Autorität für sich hat, vollkommen zu trauen. Für ihn ist somit, wenn er den Schuldbrief erkauft hat, die darin verschriebene Schuld wirklich vorhanden, und ihm kann der Schuldner, der unbedachter Weise das Instrument zu frühzeitig aushin gegeben hat, die Einrede der nicht geleisteten Zahlung nicht entgegen setzen. Diese Einrede ist somit nur persönlich gegen den gerichtet, der selbst den guten Glauben verletzt hatte, und dessen Erben, welche ihn repräsentiren, nicht aber gegen den dritten Besitzer in gutem Glauben, der im Vertrauen auf die äussere Geltung des

Schuldbriefes denselbeu erworben hat. Ist der dritte Besitzer selbst in bösem Glauben (in mala fide), so versteht sich, dass auch gegen ihn die Einrede nicht geleisteter Zahlung oder die Einrede der schlimmen Absicht gerichtet werden kann[247]).

§. 41. D. Falsche Verstossung und Geschreiung.

Durch den Charakter des Pfandrechtes ist bereits die Möglichkeit gegeben, dass ein anderer als der Schuldner Eigenthümer der verpfändeten Liegenschaft sei: was sich nicht ebenso bei der Gült sagen lässt, indem diese, so lange sie ihrem Charakter treu bleibt, das Eigenthum des Grundstückes und die Schuld unauflöslich verbindet, und das Grundstück selbst als Schuldner auffasst.

Gewöhnlich wird zwar auch bei der Errichtung des Schuldbriefes der Schuldner zugleich Eigenthümer der verpfändeten Liegenschaft sein, aber es kann doch vorkommen, dass entweder schon von Anfang an die Personen des Schuldners und des Eigenthümers der verpfändeten Liegenschaften verschieden sind oder doch in der Folge die beiden Personen aus einander gehen. Jenes tritt z. B. ein, wenn der C für eine Schuld des B an A, dem A seine Liegenschaft verpfändet. Die spätere Trennung äussert sich, wenn der Schuldner N seine Liegenschaft an O verkauft und nun der Gläubiger M den O nicht als Schuldner anerkennt, sondern es vorzieht, den N in dem persönlichen Schuldnexus festzuhalten, und den O lediglich als dritten Eigenthümer einer ihm verpfändeten Sache zu betrachten. Oder wenn der Schuldner N seine Liegenschaft oder ein einzelnes Stück der verpfändeten Liegenschaften, z. B. eine Wiese, die zu dem Gute gehörte, an O verkauft hat, ohne ihm zugleich auch die Forderung des M ganz oder theilweise mit zu überbinden. In beiden Fällen bleibt N Schuld-

247) Vergl. Mon. Chr. I. S. 107.

ner und O wird nicht Schuldner. In beiden Fällen aber kann M auch auf das dem O zugehörige Grundstück greifen, wenn N insolvent ist. Dergleichen Veräusserungen von verpfändeten Grundstücken, wobei dem Erwerber nicht zugleich die darauf haftende Schuld ganz oder theilweise mit zur Verzinsung und Abzahlung überbunden wird, werden in der Kanzleisprache falsche Verstossungen genannt und sollen möglichst vermieden werden[238]).

Eben aus dieser Trennung, die bei der immer weiter gehenden Zerstückelung der Grundstücke sehr häufig vorkommt, entstehen nun ziemlich verwickelte Rechtsverhältnisse. Das Pfandrecht an Liegenschaften nämlich wird nur im Concurse des Schuldners realisirt. Wenn nun aber der Schuldner in Concurs geräth, so wird der Gläubiger, dem auch Grundstücke verpfändet sind, die dannzumal nicht dem Schuldner zugehören, somit nicht sonst schon ein Bestandtheil der Vermögensmasse sind, welche zur Vertheilung kommt, mit Recht auch diese im Eigenthum dritter Personen stehenden Sachen herbei ziehen und auch an ihnen für seine Forderung sich sättigen wollen. In diesem Falle tritt nun eben eine Geschreiung ein und es wird der Inhaber der verpfändeten Sache, wenn er schon nicht Schuldner ist, geschreit[239]). Der Geschreite hat nun zwischen zwei Dingen die Wahl. Entweder nämlich er lässt sein

---

238) St. L. R. Th. VII. §. 4. S. 94. Notariatsordnung v. 1804. §. 3. M. S. II. S. 202. Es wird den Landschreibern hier zur Pflicht gemacht, sie wo möglich zu verhindern; der Einfluss der Landschreiber kann aber doch nicht zwingend, sondern bloss bestimmend wirken und genügt insofern nicht, um wirklich alle Fälle der Art zu vermeiden. Dergleichen falsche Verstossungen haben dann vornämlich die sogenannten Anhänge in den Schuldbriefen zur Folge, worin bemerkt wird, dass das Grundstück auch noch für die Schuld eines Dritten als Pfand hafte.

239) Der Ausdruck erinnert an das französische crier. Er kommt vor St. L. R. Th. X. §. 40. und 41. S. 455. und 456. Die letztere Stelle heisst: «Wann dann ein ehrlicher Mann durch einen Auffahl wegen ältern Schulden, insonderheit an seinen besitzenden Gütern, unverschuldeter Weise angegriffen und geschreyt wurde, soll ein solcher nach dem Weibergut sich auf denen unverpfändeten Mitteln wiederum zu erholen haben."

Grundstück, also z. B. in dem obigen Beispiele die Wiese, welche dem M haftet, fahren und verzichtet auf sein Eigenthum, oder er hält das Eigenthum fest und löst nur die Schuld ab, welche darauf haftet. Entschliesst er sich für das Letztere, so tritt er dann in die Rechte des nunmehr befriedigten Creditors ein, in ähnlicher Weise wie nach römischem Rechte der jüngere Pfandgläubiger in Folge des jus offerendi den ältern loskaufen und an seine Stelle treten kann[240]), und macht dann dessen Rechte im Concurse des Hauptschuldners gewöhnlich durch den sogenannten Zug geltend, d. h. er erhält in Folge des Concursverfahrens das Grundstück des Cridars zur Realisirung seiner Forderung zu Eigenthum.

Das wird ausgedrückt durch das Rechtssprüchwort: Der Geschreite muss ziehen oder fliehen.

Die Verhältnisse können aber noch verwickelter werden. Setzen wir nämlich den Fall, der Nichtschuldner verpfände sein Gut weiter an einen neuen Gläubiger, so wird diesem in dem Schuldbrief die Post, welche auf dem Grundstücke zu Gunsten des ersten Pfandgläubigers haftet, zwar vorgestellt, aber weil sein Schuldner diese Post nicht verzinset,

---

240) St. L. R. Th. X. §. 63. S. 166. grösstentheils aus einer Rathserkanntniss v. 1671. (Oct. 31. Unt. Man.) hergenommen, spricht nach meiner Ansicht gar nicht von diesem Falle, sondern hat vielmehr folgenden Gegensatz im Auge: der jüngste Creditor, welcher im Auffalle seines Schuldners den Zug thut, muss nun auch die auf den gezogenen Liegenschaften haftenden Schulden übernehmen und tritt nun insofern ganz an die Stelle des Cridars, des bisherigen Schuldners. Diese Schulden kannte er nun entweder, weil sie ihm schon in seinem eigenen Schuldbriefe vorgestellt waren. Es ist das der regelmässige Fall. Wenn er dann als Schuldner einen dieser frühern Creditoren befriedigt, so kann er freilich nicht an die Stelle dieses Creditors treten, und mithin nicht etwa dritte Besitzer von Grundstücken, welche in diesem letztern Schuldbriefe verpfändet waren, nun geschreien. Oder aber die Post war ihm nicht vorgestellt aus Versehen oder Dolus. In diesem Falle soll er das Privilegium erhalten, an die Stelle seines von ihm bezahlten Vorgängers zu treten und geschreien zu dürfen. — Der zahlende Geschreite wird aber eben nur insofern Züger als er zuvor an die Stelle des befriedigten Creditors getreten ist. Er ist somit zuerst Rechtsnachfolger des Creditors, dann erst wird er als Züger und insoferne Rechtsnachfolger des Cridars.

und auch nicht abzuzahlen gedenkt, nicht unmittelbar, wie andere Schulden dieses Schuldners, die auf den nämlichen Pfändern haften, sondern nur im Anhange. Dessen ungeachtet braucht sich der erste Pfandgläubiger M in dem Concurse seines Schuldners N nicht um das Pfandrecht, welches nachträglich sein Nichtschuldner O als Schuldner des P letzterem bestellt hat, zu kümmern; er greift auch auf das dem P verpfändete Grundstück, welches ihm zuvor verpfändet war, und so trifft denn die Geschreiung nicht bloss den Eigenthümer O, sondern auch den Pfandgläubiger des O den P. Und auch dieser muss als Geschreiter ziehn oder fliehn, d. h. entweder die Befriedigung des Creditors M übernehmen und an seine Stelle treten oder auf sein Pfandrecht verzichten.

§. 42. E. Einzinserei. (Gesammtforderungen und Gesammtschulden, Theilforderungen und Theilschulden.)

Die Einzinser unterscheiden sich von den blossen Geschreiten (in einem weitern Sinne können auch sie zu den Geschreiten gerechnet werden) wesentlich dadurch, dass sie zugleich Schuldner und Pfandeigenthümer sind, die Geschreiten aber, ohne Schuldner zu sein, nur das verpfändete Grundstück inne haben. Von den gewöhnlichen einfachen Schuldnern unterscheiden sie sich, dass mehrere zusammen nur die ganze Schuld, jeder Einzelne aber zunächst nur einen Theil der Schuld tragen.

Diese Einzinserei kann gleich von Anfang an bestellt werden, z. B. wenn drei Brüder als Miteigenthümer eines von ihrem Vater ererbten Gutes zusammen eine Schuld aufnehmen, und diese in demselben Schuldbriefe auf das ganze Gut versichern lassen, in dem Sinne, dass jeder von ihnen dem Creditor verspricht, zunächst seinen Drittel an die Schuld zu verzinsen, und nur subsidiär für das Ganze zu haften.

Viel häufiger aber entsteht die Einzinserei erst hinterher und zwar hauptsächlich durch rechte Verstossung, indem zugleich mit der Veräusserung einzelner Theile des Unterpfandes auf den Erwerber auch einzelne entsprechende Theile der darauf haftenden Schuld übergetragen werden. Z. B. B ist Schuldner von A in einem Schuldbriefe von Gulden 4000, worin Haus, Aecker, Wiesen und Reben des B verpfändet sind. Nun verkauft B in der Folge an C einen Acker und überbindet dem C an jener Schuld 200 Gulden zu verzinsen und seiner Zeit abzuzahlen, an D eine Wiese und überbindet diesem 300 Gulden, an E eine Juchart Reben und überbindet ihm 500 Gulden, an F wieder eine Juchart Reben, ohne ihm einen Theil der Schuld aufzuladen. In diesem Beispiele sind nun B, C, D und E zusammen in dem Verhältnisse der Einzinserei, F dagegen kann nur Geschreiter werden, ist aber nicht Einzinser. Eine andere häufige Anwendung ist die, wo die Güter durch Erbfolge auf mehrere Personen übergehen und dann unter diese vertheilt werden zugleich mit Vertheilung der darauf haftenden Schulden.

Je mehr die früherhin ausgedehnteren Güter in kleinere Stücke während der letzten Jahrhunderte zerstückelt wurden, und je häufiger überhaupt das Eigenthum an einzelnen Theilen wechselte, desto zahlreicher mussten die Fälle werden, in denen eine solche Einzinserei entstand.

Der juristische Charakter dieses Institutes hat nun aber ein nicht geringes Interesse und ist, wenn ich nicht irre, geeignet, einem neuen Blicke Bahn zu öffnen in einen umfassenderen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Rechte.

Das römische Recht nämlich setzt zunächst voraus, dass in jeder Obligatio nur Einer der Creditor und nur Einer der Debitor sei. Nun kann dasselbe aber so wenig als andere Rechte vermeiden, dass nicht mehrere Personen in Beziehung zu der nämlichen Forderung oder Schuld treten. In weit den meisten Fällen dieser Art, z. B. wenn eine Schuld auf mehrere Erben übergeht, hält

das römische Recht starr an seinem Principe fest und erkennt die Schuld nicht als Eine an, sondern lässt entweder mehrere auf das Ganze gerichtete Obligationen neben einander bestehen, oder spaltet die früherhin einheitliche Schuld in eine Anzahl kleinerer Schulden. Jenes ist der Charakter der **Solidarverbindlichkeiten** im engern Sinne, denn es tritt hier deutlich hervor, dass von den **mehreren Solidarschuldnern jeder in einer eigenen Obligatio das Ganze schuldet**, und nur weil der Creditor durch erlangte **Befriedigung** von Seite des einen Solidarschuldners kein Interesse mehr hat noch haben kann, die Schuld auch von den andern noch zu fordern, also nur weil seiner Forderung die aequitas entgegen steht, er mit seiner Forderung, wenn er sie auch stellen würde, nichts ausrichten kann. Zu so künstlichen Auffassungen nimmt das römische Recht Zuflucht, weil es den Zusammenhang, in welchem die mehrern Solidarschuldner zu dem Creditor stehen, nicht abweisen kann und doch auch sein Princip nicht aufgeben mag.

Die **Spaltung** der **Einen Obligatio** in **mehrere kleinere Obligationen** aber tritt ein im Erbrechte, indem die **Erben** nach dem Gesetze der XII Tafeln ipso jure nur für die **Quoten der Erbschaftsschulden** haften und auch nur die Quoten der Erbschaftsforderungen erhalten. War die Spaltung aber wegen des Inhaltes der Obligatio unmöglich, weil dieser keine Theilung vertrug, wie namentlich, wenn ein **untheilbares Recht** Gegenstand der Schuld war, so nahmen die Römer auch hier wieder zu dem Hülfsmittel der Solidarverpflichtungen oder Solidarforderungen ihre Zuflucht[241]).

---

241) Vergl. L. 25. §. 9. familiae ferciscundae (Paulus): „An ea stipulatio, qua *Singuli heredes in solidum* habent actionem, veniat in hoc judicium (familiae erciscundae) dubitatur — veluti si is qui viam iter actum (lauter untheilbare Rechte) stipulatus erat, decesserit —, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum *non dividitur*, *quia nec potest*. — §. 10. Contra, si promissor viae decesserit *pluribus heredibus* institutis *nec dividitur obligatio*, nec dubium est, quin duret —; igitur quia *singuli in so-*

Nur in Einem Falle erkannte das römische Recht die Einheit der Obligation an mit mehrfachen subjectiven Beziehungen, weil sie sich in den Formen des Civilrechtes selbst gebieterisch aufdrang und sich gar nicht umgehen liess. Es ist diess der Fall der eigentlichen Correalobligationen. Wenn nämlich in civiler Form, sei es durch einmalige stipulatio oder einmalige sponsio oder durch Legat eine einfache Obligatio bestellt wurde, aber so, dass mehrere Personen als Creditoren oder Debitoren dieser Einen Obligatio erschienen, so musste entweder die ganze Obligatio als unzulässig verworfen werden, oder man musste sie nun doch als ein einziges Forderungs- oder Schuldverhältniss mit mehrfacher subjectiver Beziehung auffassen. Das Erstere schien ganz unzulässig und so blieb nur das Zweite übrig[242]. Hatten nun aber die Römer ausnahmsweise eine einheitliche Obligatio mit mehrfacher subjectiver Beziehung anerkannt, so hielten sie nun diese Einheit auch unbedingt fest; und so kam es denn eben, dass schon durch die blosse Anstellung der Klage aus einer Correalobligation gegen den einen der mehrern Schuldner, in der Folge dann wieder durch das blosse Urtheil über diese Klage — ganz abgesehen von wirklicher Zahlung oder Befriedigung des Creditors — die Klage gegen die andern vorher nicht belangten Correalschuldner consumirt wurde. Die Forderung hatte eben nur ein Einmaliges Leben. Durch Consumtion gegen den einen ging sie allen gegenüber unter.

Fassen wir das Gesagte zusammen und führen es weiter, so ergeben sich als charakteristisch für das römische Recht folgende drei Sätze:

1) Das römische Recht hält möglichst fest an dem

---

lidum tenentur" etc. L. 2. §. 2. de V. O. (Paulus). Et ideo si *divisionem* res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris *singuli in solidum* tenentur.

242) Den Unterschied von Solidarschulden und Correalobligationen hat zuerst Ribbentrop zur Lehre von den Correalobligationen, Göttingen 1831., ins Klare gesetzt.

Princip; jede Obligatio ist ein Verhältniss zweier und nur zweier Personen, eines Gläubigers und eines Schuldners.

2) Wo das Bedürfniss mehrere Personen auf der einen oder andern Seite mit einer Obligatio in Zusammenhang bringt, da sind entweder mehrere Solidarforderungen und Schulden neben einander oder die Forderung und Schuld zerfallen in mehrere kleinere Forderungen und Schulden, wie namentlich im Erbrechte. Immer aber sind das von einander verschiedene Obligationen mit eigenthümlicher Existenz.

3) Ausnahmsweise nur kann durch Einen obligirenden Akt eine einheitliche Obligatio entstehen mit mehrfachen auf das Ganze gerichteten subjectiven Beziehungen, Correalobligationen, dann aber ist eben so fest das Princip der Einheit dieser Obligatio festzuhalten, wie dort das Princip der Mehrheit der Obligationen.

Da wo eine Forderung oder Schuld in Theile zerfällt, nimmt das römische Recht immer neue selbständige Forderungen und Schulden an. Weil hier die Mehrheit hervortritt, so findet es keinen Grund, von seinem Principe abzuweichen, und erkennt eine Einheit dieser Theile, als blosser Theile eines zusammen gehörigen Ganzen nicht an.

Suchen wir nun aber das juristische Verhältniss unserer auf unserm Boden — ohne Hinzuthun des römischen Rechtes — gewachsenen Einzinserei festzustellen, so reichen wir mit jenen römischen Begriffen nicht aus.

Der Schuldbrief nämlich für die ganze Schuld ist ein einziger, und wenn möglicher Weise auch darin die Theilung derselben unter die mehreren Einzinser vorgemerkt ist, so ist diess eben nur möglich, durchaus aber nicht wesentlich, praktisch überdem sehr selten. Der Schulbrief, da er selber nur Einer ist, stellt daher die Forderung auch als Eine dar. Denn der Schuldbrief erscheint eben gar nicht als ein blosses Beweismittel, sondern er hat obligirende Kraft und das Schicksal der Forde-

rung ist abhängig von dem Schicksal des Schuldbriefes. Indem daher der Gläubiger diesen veräussert, geht in und mit demselben auch die ganze Forderung auf den Erwerber des Schuldbriefes über.

Die Einheit der Forderung äussert sich ferner auch dadurch, dass der Creditor befugt ist, aus den mehrern Einzinsern einen Trager zu bezeichnen, der ihm den ganzen Zins auf einmal entrichte, mithin auch auf Seite der Schuldner die Einheit darstelle, ein Verhältniss, worauf wir sofort näher zu reden kommen.

Endlich braucht sich der Creditor nie zu begnügen, dass einer der mehrern Einzinser ihm seine Theilschuld abzahle, wenn nicht zugleich auch die andern Einzinser ihren Theil entrichten; denn der Creditor hat eben zunächst eine Forderung auf das Ganze und so muss denn auch dieses als Ganzes abbezahlt werden[243]).

Wenn sich somit hier die Einheit er Forderung deutlich herausstellt, so lässt sich auf der andern Seite doch nicht verkennen, dass sich auch in andern Verhältnissen eine Mehrheit der Theilforderungen und Schulden geltend macht.

So kann zunächst kein Einzinser auf Verzinsung oder Bezahlung der ganzen Schuld, sondern nur auf Verzinsung oder Bezahlung seines Theiles belangt werden. Sie sind somit unter sich nicht als Solidarschuldner zu betrachten, sondern nur als Theilschuldner. Diese Theilung kann äusserlich sehr stark hervortreten, so in folgendem Beispiele[244]):

Es wurde ein Schuldbrief errichtet zu Gunsten des Staub

---

243) St. L. R. Th. VIII. §. 18. S. 119.: «Wann dannethin unterschiedliche Käufer etlicher Stück und Gütern, so in einem Brief begriffen, so wol, als vielerley Einzinser in einen Brief (da die meisten derselben mit eigenem Gelt versehen, einen oder zwei aber nicht ablösen wollten) sollen jene mit diesen weiters solchen Brief zu verzinsen die Obliegenheit haben, bis sie alle und jeder seinen Antheil aus eigenen Mitteln die Ablösung zu thun im Stande seyen."

244) Vergl. Mon. Chr. Bd. III. S. 35.

auf Jakob Pfister von Gulden 500. Die Erben des Staub theilen die Forderung real unter sich, in dem Sinne, dass der eine Erbe Brennwald 200 Gulden an jener Post übernimmt der andere Wunderli, 300 Gulden, der Schuldbrief aber als Einheit verbleibt. Nun wird auch das Gut des Schuldners Pfister zerstückt. Ein Stück erhält Caspar Pfister und ihm werden 300 Gulden von jener Schuld überbunden, mit der Verpflichtung, sie an Wunderli zu verzinsen. Ein anderes Stück erwirbt Caspar Bindschädler und ihm werden die 200 Gulden zu Gunsten von Brennwald überbunden. Ein drittes Stück erhält Rudolf Bindschädler, ohne dass ihm auch ein Theil jener Capitalpost aufgeladen würde; dieser kann somit nur in die Lage eines Geschreiten kommen. Dagegen sind Caspar Pfister und Caspar Bindschädler Einzinser in den nämlichen Schuldbrief, wenn schon zunächst jeder nur einen Theil der Schuld und zwar jeder an einen andern Creditor zu verzinsen und zu bezahlen hat. Denn es ist nur zufällig, dass gerade auch zwei entsprechende Creditoren vorhanden sind und es könnte leicht durch weitere Schicksale des Schuldbriefes die Post wieder in Einer Hand vereinigt werden. Sie sind aber beide Einzinser, weil auf ihnen zugleich ein Theil der schuldbrieflichen Forderung haftet und ein Theil der darin für das Ganze verpfändeten Liegenschaften ihnen gehört.

Sobald einer der mehrern Einzinser insolvent ist, so äussert sich sogleich die Verbindung wieder, in welcher sie unter sich und gegenüber dem Creditor stehen. Die Einzinser haften nämlich subsidiär für die ganze Schuld, deren einzelne Theile sie zunächst schulden. Sie können sich daher durch Bezahlung ihrer Rate so wenig für immer befreien als sie durch Verzichtleistung auf den Theil der verpfändeten Unterpfande, welcher ihnen ausschliesslich zu Eigenthum gehört, sich von der Gesammtschuld losmachen können. Als Mitschuldner stehen sie somit in einer schlimmern Lage als die blossen Geschreiten. Nach dem Obigen können diese ziehen

oder fliehen; den Einzinsern aber wird das fliehen gewöhnlich nichts helfen, weil sie der Gesammtschuld doch nicht entfliehen können, und so bleibt ihnen nichts übrig als das ziehen, d. h. durch Bezahlung der Gesammtschuld mögen sie dann die nun von der Schuld befreiten Unterpfänder übernehmen[245]).

Wenn somit im obigen Beispiele Caspar Pfister in Concurs geräth, so ist Caspar Bindschädler als Einzinser schuldig, auch die von jenem geschuldeten 300 Gulden zu bezahlen. Tilgt er aber die Gesammtschuld, so befreit er sowohl sein eigenes Grundstück als das des Pfister und kann dann das letztere Grundstück nunmehr ziehen.

Aber kann er, nachdem er die Gesammtschuld bezahlt hat, nicht auch Rudolf Bindschädler geschreien? Mit andern Worten: Kann der Einzinser, der zahlt, nur auf die Grundstücke seiner Miteinzinser greifen, oder hat er auch auf den Theil des Unterpfandes Anspruch, welcher einem Nichtschuldner, einem Geschreiten, zugehört? Das Obergericht[246]) hat in einem Specialfalle, der sich auf unser Beispiel bezieht, die letzte Frage bejaht. Dabei ist es von folgender Ansicht ausgegangen:

1) Der Einzinser haftet direkte zunächst für seine Theilschuld, subsidiär dann für die übrigen Theilschulden, ähnlich einem Bürgen.

2) Wenn nun der Einzinser für einen in Concurs gerathenen Miteinzinser zahlt, so zahlt er die Schuld eines andern und kann somit fordern, dass ihm der Gläubiger dieses andern Schuldners alle seine mit der Forderung verbundenen Rechte, also auch die Pfandrechte, die sich auf das Grundstück eines Geschreiten beziehen, abtrete.

3) Auch wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich diese seine Rechte abtritt, so versteht sich eine solche Cession

---

245) Vergl. St. L. R. Th. X. §. 45. Mon. Chron. III. 434.

246) Mon. Chr. Bd. III. S. 430. ff. Auffallend ist es, dass die gewinnende Partei in diesem Processe mit ihrem Begehren hinter dem zurück blieb, was das Obergericht gewähren wollte. Es ist das sonst nicht die Art der Leute, weniger zu begehren als ihnen gebührt.

von selbst und es kann mithin der zahlende Einzinser auch geschreien.

Mir scheint, diese Ansicht des Obergerichtes hält einer genauern Prüfung nicht Stand: und es ist vielmehr jene letze Frage zu verneinen, somit dem zahlenden Einzinser das Recht zu geschreien abzusprechen. Es ergibt sich dies aus folgenden Gründen:

1) Vergleichen wir das Rechtsverhältniss des Einzinsers mit dem des Geschreiten, so haftet dieser persönlich überall nicht für die Schuld, sondern nur dinglich, soweit das Unterpfand reicht in seiner Hand. Der Einzinser dagegen haftet nicht bloss, wie der Geschreite, mit seinem verpfändeten Grundstück dinglich für die ganze Schuld, sondern er haftet überdem persönlich zunächst nur für einen Theil der Schuld, subsidiär für die ganze Schuld. Dinglich haften mithin Einzinser und Geschreite gleichmässig, jene aber überdem persönlich, diese nicht. Nun könnte es aber bei consequenter Durchführung jener Ansicht des Obergerichtes dahin kommen, dass dem Resultate nach nicht der Einzinser, sondern der Geschreite stärker haftete, indem dieser, nicht jener, die Schuld am Ende bezahlen und den Schaden tragen müsste, nämlich in allen den Fällen, wo das Gut des in Concurs gerathenen Einzinsers die Forderung an denselben nicht deckt. Dann würde immer der andere Einzinser zwar zunächst zahlen, nachdem er bezahlt hat aber den Geschreiten nöthigen, entweder sein Grundstück fahren zu lassen, oder ihm das Bezahlte zu ersetzen. Es würde somit von dem Willen des Einzinsers abhangen, den Geschreiten zum Schuldner zu machen.

2) Das Pfandrecht kann sich seiner Natur nach erst geltend machen, wenn der Schuldner nicht zahlt. So lange noch ein solventer Schuldner da ist, so bedarf es gar keiner Execution auf die Unterpfänder. Desshalb ist der Creditor gehalten, erst die Einzinser für Zahlung zu belangen; und erst wenn diese nicht zahlen können, kann er sich an die Geschreiten halten. Hätte nun aber die Belan-

gung der Einzinser doch eine hinterherige Belangung der Geschreiten zur Folge, so wäre es diesen in der That besser, sie würden zuerst schon belangt. Dann würde wohl Niemand ihnen das Recht bestreiten, hinwieder auf den Einzinsern sich zu erholen.

3) Die Einzinser haften auch für die Gesammtschuld als wahre persönliche Schuldner. Indem jeder zunächst einen Theil schuldet, ist er sich doch bewusst, dass die Theile zusammen gehören und er subsidiär für das Ganze einzustehen hat. Wenn daher ein Einzinser den Theil mitzahlen muss, welcher zunächst von dem in Concurs gerathenen Einzinser bezahlt werden sollte, so erfüllt er allerdings eine Verpflichtung, die dieser zunächst hätte erfüllen sollen; er kann somit in der Concursmasse dieses Einzinsers Ersatz begehren für jene Leistung, er kann namentlich auch greifen auf das diesem Einzinser zugehörige und verpfändete Grundstück. Aber gegenüber dem Creditor zahlt er doch nicht eine ihm fremde Schuld. Er ist wirklicher Subsidiarschuldner für das Ganze, und so ist denn die Voraussetzung nicht vorhanden, welche allein ein Greifen auf Unterpfänder rechtfertigen würde, die in den Händen eines Nichtschuldners liegen.

4) Auch wenn man eine Cession, und zwar eine stillschweigende Cession der Rechte des Creditors an den bezahlenden Einzinser annehmen will, so ist dennoch das Resultat dasselbe. Der Creditor kann nämlich nicht mehr Rechte übertragen, als er selbst hat. Da er nun aber so lange nicht geschreien darf, als noch ein zahlungsfähiger Einzinser da ist, so darf aus gleichem Grunde nun auch der Einzinser, der bezahlt hat und nun an seine Stelle tritt, nicht geschreien.

Wenn wir nun dieses Einzinserverhältniss unbefangen betrachten, wie es sich im Leben und im Verkehre darstellt, so können wir nicht in Abrede stellen, dass wir in unserm Privatrechte ein obligatorisches Rechtsverhältniss vorgefunden haben, welches auf der einen Seite und in den einen Verhältnissen als eine einzige Forderung,

auf der andern Seite und in andern Verhältnissen als eine in Theile zerlegte Schuld erscheint. Und es ist nicht etwa diese Erscheinung das Erzeugniss einer verkehrten irrthümlichen Theorie, sondern sie hat sich vorerst — ohne allen Einfluss einer Theorie — praktisch im Leben so gebildet, und es kommt die Theorie erst hinterdrein, um das Gewordene zu erkennen und zu begreifen. Eben desshalb lässt sie sich aber auch durch andere Theorien des römischen Rechtes nicht abweisen noch irre leiten. Sie steht auf dem festen Boden des Lebens.

Wir haben somit für obligatorische Verhältnisse des deutschen Rechtes die fernere — allerdings unrömische — Möglichkeit gewonnen: dass eine Obligatio sich theilen lässt, ohne darum ihre innere Einheit zu verlieren.

Als Ganzes ist sie eine einzige Obligatio, insofern sie zugleich aus Theilen besteht, können sich diese Theile wie mehrere Obligationen darstellen. In den einen Verhältnissen wird der Charakter der Einheit festgehalten, in den andern der Charakter der Vielheit anerkannt. Das Ganze ist in Theile zerlegt, und die Theile sind wieder zum Ganzen verbunden.

Hier ist auf dem Gebiete des Obligationenrechtes eine Parallele zu dem was wir oben in dem Capitel von der Persönlichkeit — nach Beselers Vorgang — anerkannt haben[247]). Wie dort der römische Charakter entweder die Einheit starr festgehalten hat in dem Begriffe seiner Universitas oder die Vielheit der Personen in der Societas, das deutsche Recht aber eine Menge von Genossenschaften und Gesellschaften kennt, die sich bald als Einheit — ähnlich einer juristischen Person — bald als Mehrheit darstellen; gerade so bewegt sich auch hier wieder das deutsche Recht der Obligationen in der Mitte zwischen den beiden römischen Extremen, dem einen, welches als Regel nur mehrere Obligationen zwischen

---

247) Oben Buch I. §. 19. S. 81. ff.

mehrern Personen fordert und dem andern, welches ausnahmsweise eine einzige einfache und ungetheilte Obligatio mit mehrfacher subjectiver Beziehung zulässt, indem das deutsche Recht von Obligationen weiss, in denen bald der eine, bald der andere Charakter hervortritt, die somit die Lücke zwischen jener Regel und Ausnahme ausfüllen und beide verbinden.

Wie man dann im Zusammenhange mit jener Auffassung der Personen auf ein Gesammteigenthum gekommen ist, so scheint mir kann man hier passend, wenn der Gesichtspunkt der Einheit hervor zu heben ist, von Gesammtobligationen, Gesammtforderungen und Gesammtschulden, wenn der Gesichtspunkt der Vielheit vorherrschend ist, von Theilforderungen und Theilschulden reden, und eben dadurch die verbundene Einheit und Vielheit andeuten.

Wir haben diesen Begriff zunächst freilich aus einer einzelnen Anwendung desselben entwickelt. Im Erbrechte aber werden wir auf eine andere wichtige Anwendung dieses nämlichen Grundgedankens kommen [248]. Und überdem ist nicht zu zweifeln, wenn unsere Theorie richtig ist, so wird sie keineswegs bloss für das züricherische Recht von Bedeutung sein, sondern sie wird in dem Gebiete des deutschen Obligationenrechts an mehr als Einer Stelle fruchtbar einwirken. Wie es sich damit verhalte, werden andere Untersuchungen zu zeigen haben. Zur Zeit mache ich nur darauf aufmerksam, dass ich ebenfalls diesen Begriff einer deutschen Gesammtschuld in einer Hauptstelle des Sachsenspiegels entdeckt zu haben glaube:

Sachsenspiegel III. Art. 85. Swar mer lüde den ein gelouen to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin sie it plichtich to lestene, die wile it vnvergulden is, vnde nicht ir iewelk al, (d. h. sie alle haften für das Ganze, nicht aber jeder Einzelne für das Ganze, sie sind nicht Solidarschuldner, sondern Theilschuldner, aber doch

---

248) Vergl. unten §. 56.

subsidiär verpflichtet für das Ganze einzustehen), mer manlik also vele alse yme geboret, und alse vern als man yn dar to gedvingen mach von gerichtes haluen die, deme it dar gelouet is, oder die it mit yme gelouede, of he it voryne verguldeu heuet. (Wenn einer der Mitschuldner, indem er für das Ganze belangt werden kann, auch die Theilschuld des andern Mitschuldners abgetragen hat, so mag er dafür sich hinwieder an diesen halten und ihn zum Ersatze nöthigen.)

§. 43. F. Tragerei.

Sehr häufig ist mit der Einzinserei zugleich eine Tragerei verbunden, wenn sie schon nicht nothwendig dazu gehört. Es ist nämlich für den Creditor unbequem, von jedem einzelnen Einzinser seine besondere Zinsrate jährlich einzuziehen und jeden Einzelnen besonders zu quittiren. Was aber noch mehr zu berücksichtigen ist, als diese blosse äussere Unbequemlichkeit, es widerspricht diese lästige Zersplitterung der Einheit der Forderung, auf welche der Gläubiger ein Recht hat. Daher ist er berechtigt, aus den sämmtlichen Einzinsern einen Trager zu bezeichnen, welcher dann die Zinsraten von den übrigen Miteinzinsern bezieht und sie sammethaft dem Creditor überbringt[249]).

Diese Tragerei wird schon in der Offnung des Gotteshauses Schännis zu Knonau vom Jahr 1461. erwähnt, woraus folgt, dass sowohl das Verhältniss der Einzinserei als der Tragerei schon vor der Zeit der Schuldbriefe sich in dem Gültverhältnisse, ja sogar noch früher bei den eigentlichen Grundzinsen gebildet habe. Hier hatte sich zuerst jene Einheit an die ursprüngliche Zusammengehörigkeit der nunmehr getrennten Grundstücke angeschlossen, indem die Schuld eben auf dem vormaligen einen und ganzen Grundstücke haften blieb. Zugleich haben wir aber hier

249) St. L. R. Th. VI. §. 22. 21. S. 90. 91.

schon einen treffenden Beweis gefunden, dass diese Verhältnisse nicht in die Gränzen des züricherischen Rechtes hinein gebannt, sondern wesentlich deutsch sind; denn Grundzinse und Gülten finden sich überall in ähnlicher Weise[250]).

Jene Stelle der Offnung lautet so:

> „Item welcher och der gröst ist in einer schuoppis oder in einer huob" (beides waren ursprünglich Abtheilungen des Bodens, die Einer Hand gehörten, und die als Ganzes den Grundzins schuldeten, dann aber in mehrere neue Grundstücke vertheilt wurden); „der soll die anderen zins infasen vnd inziechen vnd antwürtten einem amptman vnd ist denn demselben, der der gröst ist in der huob oder schuoppis das recht behalten, zuo den anderen zinsern die mit Im zinsend, das minen frowen gen inn behalten ist."

Hier ist somit der Einzinser Trager, welcher die stärkste Zinsrate zu erlegen hat. Noch 1623. war das nämliche Princip auch in dem Stadtrechte anerkannt[251]). Und selbst das Stadt- und Landrecht von 1715, welches dem Creditor die Wahl unter den Einzinsern verstattet, weist ihn doch zugleich an, „den Habhaftesten zu einem Trager zu erwehlen." Sehr häufig, namentlich bei Grundzinstragereien, kommt auch ein Wechsel vor unter den Einzinsern, wesshalb denn auch hier etwa von wechselnden oder umgehenden Tragereien die Rede ist.

Der Trager wird nun wieder nicht Solidarschuldner; wohl aber repräsentirt er gegenüber dem Creditor die sämmtlichen Schuldner. Der Creditor hält sich zwar zunächst an ihn und fordert von ihm den ganzen Zins und seiner Zeit das Gesammtcapital. Es ist dann Sache des Tragers, die einzelnen Raten von den übrigen Einzinsern einzusammeln. Zahlt er von sich aus das Ganze, so tritt er dann in die

---

250) Vergl. Mittermaier deutsches Privatrecht, §. 177., welcher von ähnlichen Verhältnissen redet, die sich nur unter unserer obigen Voraussetzung gehörig erklären.

251) Stadtman. v. 8. Nov. 1623.

Rechte des Creditors und kann nun seinerseits die übrigen Einzinser für ihre Theile austreiben[252]). Hätte das eben Gesagte den Sinn, dass der Creditor den Trager ohne weiters und unter allen Umständen für das Ganze austreiben könnte, unbekümmert um das Vorhandensein der andern Einzinser, so wäre er wirklich Solidarschuldner. So weit darf man nun aber in der Richtung der Einheit nicht gehen; denn die Forderung ist zugleich eine einzige und eine getheilte. Der Trager ist zunächst auch ein Einzinser und haftet somit wie diese zuerst persönlich nur für seine Rate, subsidiär indem er für das Ganze einzustehen hat, für die Raten der Miteinzinser. Dieses Recht desselben kann nun unmöglich bloss dadurch so wesentlich verändert werden, dass er bestellt ist, die übrigen Raten einzuziehen und dieselben sammethaft dem Creditor zu überbringen. Der Creditor freilich darf ihn als Repräsentanten aller Einzinser betrachten und so sich namentlich an ihn wenden, ihn auch für das Ganze betreiben; aber nicht ohne auf die übrigen Einzinser zugleich Rücksicht zu nehmen. Daher treibt er den N. N. als Trager und Mithafte. Der Trager kann daher — sich auf die Theilung der Schuld berufend — vorerst durch Deponirung seines Antheils den Rechtstrieb vorläufig von sich ab und auf die säumigen Einzinser (Mithafte) hinlenken; dann aber, wenn es ihm nicht gelingt, von diesen Zahlung zu erhalten, wenn die Mithaften somit insolvent sind und in Concurs gerathen, tritt die subsidiäre Haft auch des Tragers wieder hervor[253]).

Die Unterschiede zwischen Einzinserei, ohne oder mit Tragerei, sind daher nicht wesentliche, sondern mehr formelle. Sie bestehen hauptsächlich in Folgendem:

1. Wo keine Tragerei ist, muss der Creditor vorerst

---

252) Vergl. die obige Stelle aus der Knonaueroffnung und St. L. R. Th. VI. §. 22. S. 90.

253) Vergl. St. L. R. Th. VI. §. 22. S. 90. Th. X. §. 61. S. 165.

jeden einzelnen Einzinser belangen, wo eine Tragerei ist, belangt er vorerst den Trager für sich und die andern.

2. Dort muss der Creditor jeden Einzinser einzeln quittiren für eine einzelne Rate, hier dagegen quittirt er nur den Trager für das Ganze und braucht eine Theilzahlung auch nicht einmal vorläufig (wie dort) anzunehmen.

3. Der Trager besorgt im Namen des Creditors den Bezug der Raten, wo kein Trager ist, muss der Creditor selbst dafür sorgen.

4. Die getrennt behandelten Einzinser haften zwar doch subsidiär für einander mit Bezug auf Zins und Capitalzahlung aber nicht weiter als auf vier ausstehende Zinse. Wo sie dagegen durch eine Tragerei verbunden sind oder sonst sammethaft aus Einer Hand die Zahlung zu besorgen pflegen, haften sie unbeschränkt für alle ausstehenden Zinse[254]). Jene Einzinser stehen nämlich den bloss Geschreiten schon um etwas näher, wesshalb denn auch die Beschränkung auf vier Zinse von jenen auf diese übergetragen wurde.

§. 44. G. Ablösung des Schuldbriefes.

1. Die **Ablösbarkeit** gehört zum Wesen des Darlehens und so denn auch des Schuldbriefes. Es kann daher das Gegentheil überall nicht ausbedungen werden[255]). Zwar ist es möglich, die Ablösung hinaus zu schieben und das Darlehen für eine bedeutende Anzahl Jahre für unaufkündbar zu erklären. Nie aber darf diese Verschiebung so weit gehen, dass darin eine versteckte Unablöslichkeit läge.

2. Die Dauer des Darlehens wird zunächst durch freie Verabredung bestimmt. Die ältern Schuldbriefe waren auf drei Jahre, die neuern sind gewöhnlich auf sechs Jahre gestellt[256]). Von selbst versteht sich aber auch diese Zahl

---

254) St. L. R. Th. X. §. 61. S. 165.

255) Gerichtsbuch von 1553, Th. V, St. L. R. Th. V. §. 8. S. 59.

256) St. L. R. Th. VIII. §. 13. S. 116.

nicht. Dagegen ist allerdings anzunehmen, auch wo es nicht ausdrücklich gesagt wurde, dass die Schuld ein halbes Jahr vor dem Zahlungstermine aufgekündigt werden müsse[257]). Wird nicht aufgekündigt, so bleibt das Schuldverhältniss auch über jenen Termin hinaus fortbestehen; hier jedoch in ganz verschiedener Weise, je nachdem auch für die Zukunft ein freies Aufkündigungsrecht vorbehalten war oder nicht. Im letztern Falle nämlich treten der Ablösung bedeutende Beschränkungen und Hemmungen in den Weg, und zwar sowohl auf Seite des Gläubigers als auf Seite des Schuldners.

3. Wenn nämlich der Creditor versäumt hatte, vor dem Endtermin des Schuldbriefes aufzukünden und sich für die Folge auch kein Aufkündigungsrecht vorbehalten hatte, so kann er nun gegen den Willen des Schuldners überall keine Ablösung mehr erzwingen. Auf seiner Seite ist somit das Geschäft nun unauflöslich geworden.

Dieser sonderbare Satz hat freilich schon vielfache Bedenken erregt, zumal derselbe in der bestehenden Gesetzgebung nirgends ausgedrückt ist[258]). Dessen ungeachtet steht er durch Uebung völlig fest. Je entschiedener diese Uebung ist und je mehr der Satz dem Wesen des Darlehens und der naturgemässen Auflösbarkeit desselben zu widersprechen scheint, desto nothwendiger wird eine Erklärung; und diese kann nun eben bloss historisch gegeben werden. Offenbar war hier die Theorie der Gült nicht ohne Einfluss auf die Theorie des Schuldbriefes, indem eben dort die Unauflöslichkeit zumal auf Seite des Rentenkäufers die Regel ist. Und so weisen denn auch Bestimmungen des Gerichtsbuches von 1553. auf diesen Zusammenhang deutlich hin. Im sechszehnten Jahrhunderte wurden die Gülten

257) St. L. R. Th. VIII. §. 3. S. 111.

258) Der Schluss von §. 13. Th. VIII. S. 116. des St. L. R. scheint sogar zu widersprechen, indem dort ein Aufkündigungsrecht des Creditors nach Ablauf der Termine anerkannt ist. Indessen sind diese Schlussworte dann eben auf die Fälle zu beziehen, wo sich der Creditor freies Aufkündigungsrecht vorbehalten hatte.

schon längst wie grundversicherte Darlehen angesehen, freilich mit unauflöslichem Charakter. Im Gegensatz dazu verstattete man nun aber eigentliche Darlehen mit Grundversicherung, die dann zugleich auflöslich sein sollten. Diese Schuldbriefe sollten aber ursprünglich nur auf drei Jahre gestellt, somit innerhalb dieser kurzen Zeit wirklich aufgelöst werden. Blieb dann das Darlehen über diese Frist hinaus fortbestehen, so nahm man an, der Charakter dieses neuen Institutes des Schuldbriefes sei nicht festgehalten, und das Rechtsgeschäft sei doch mehr nach der Natur der Gülten zu beurtheilen, mithin auf Seite des Creditors unauflöslich.

Das ist der Inhalt folgender Bestimmung des Gerichtsbuches von 1553.

> Doch das dhein solliche Satzung vnnd verschrybung — — lennger bestan noch weren, dann drü Jar, vnnd so der vsslycher das liese über das dritte Jar anstaan, Alsdann sölle er das an ein zins vnnd Losung stellen, vnnd sich versicheren lassen, sölliches zu verzinsen, So lanng dem zinsenden das gelägen Ist.

Eben dahin gehört folgende Notiz aus Meyers Promptuar:

> Zwischen 1624 — 1635. Einer welcher wohl versichert ist, mag seinen Debitoren, um seines eigenen Nutzens willen nicht zum ablösen zwingen, um Zins und Kösten aber treiben.

Dadurch wird denn unsere Regel zugleich erklärt und urkundlich erwiesen. Eben dieser ursprüngliche Zusammenhang mit den Gülten zeigt aber auch, dass die Regel auf die spätere und freiere Entwicklung des Schuldbriefes nicht mehr passt, und wie bereits praktisch auf dem Wege des Vertrages gewöhnlich freie Aufkündigung auch dem Creditor vorbehalten wird, so wäre es an der Zeit, die ganze Regel nun vollends aufzugeben.

4. Ausnahmsweise kann auch der Creditor kündigen, wenn der Schuldner das verpfändete Grundstück veräussert. Fällt die Veräusserung in die Zeit der Frist, für welche zunächst der Schuldbrief verabredet war, so

kann vor dem Termine auch dannzumal der Creditor nicht kündigen, sondern entweder mag er sich persönlich noch fortwährend an den alten Schuldner halten, oder den neuen Erwerber als Schuldner anerkennen. Fällt die Veräusserung dagegen in eine spätere Zeit, so steht nun dem Creditor auch das Dritte frei, die Schuld geradezu aufzukündigen[259].

Die Ausnahme erleidet aber wieder eine Beschränkung im Concurse des Schuldners. Wird nämlich ein Creditor durch Anwendung seines Zugrechtes Eigenthümer der Liegenschaft des Schuldners, so sollen nunmehr nicht alle Creditoren, welche darauf versichert sind, sofort kündigen dürfen, sondern nur der jüngste, dem ziehenden Creditor, unmittelbar vorhergehende Pfandgläubiger; eine Beschränkung, welche sich genügend rechtfertigt, indem einerseits der Züger nicht aus völlig freiem Willen die verpfändete Liegenschaft erwirbt, sondern theilweise genöthigt durch die Gefahr, ohne den Zug seine Forderung zu verlieren, anderseits die vorgehenden Creditoren berechtigt sind, ihn an dem Zuge zu hindern, insofern er nicht habhaft ist[260].

5. Aber auch der Schuldner ist, wenn nicht entgegengesetzte Verabredungen ein anderes bestimmen, nur unter gewissen Beschränkungen zur Ablösung berechtigt. Nämlich:

a) Zugleich mit dem Capitale müssen auch alle ausstehenden Zinse sammt dem laufenden bezahlt werden[261].

b) Der Schuldner darf keine hinterherigen Schulden mehr haben, weder versicherte noch laufende. Die abzuzahlende Schuld muss wirklich seine jüngste Schuld sein[262]. Eine abgeschmackte Beschränkung,

---

259) St. L. R. Th. X. §. 59. S. 164. Th. VIII. §. 12. S. 115. Mon. Chr. X. S. 189. ff.

260) St. L. R. Th. X. §. 63. 64. S. 166. 167. Vergl. Mandat von 1533.

261) St. L. R. Th. VIII. §. 3. S. 111.

262) St. L. R. Th. VIII. §. 3. S. 111. §. 11. S. 115.: „und dannethin aus eignem Gelt alle seine schuldige jüngere Posten, verbriefete und laufende abgelöst haben."

die wohl in der Ausdehung, welche die Worte zu haben scheinen, nie praktisch geworden ist. Denn wie die laufenden Schulden hergehören, bei denen sonst auf die Zeit ihrer Eingehung überall nichts ankommt, und auf welche auch bei Contrahirung eines grundversicherten Darlehens niemand Rücksicht nimmt, lässt sich nicht einsehen. Daher ist wohl schon im Sinne des Statutes nicht von allen laufenden Schulden die Rede, von denen kaum je ein Schuldner gänzlich frei sein würde, sondern nur von laufenden Schulden, welche zu dem Grundstück in einer gewissen Beziehung stehen, z. B. von unversicherten Kaufresten oder von Darlehen, welche wenn schon vorläufig ohne Versicherung aufgenommen worden sind, um daraus die aufgekündigte Schuld zu bezahlen. Indessen mag doch diese Bestimmung, insofern sie über die jüngern versicherten Posten hinaus reicht, für ganz obsolet gelten und auch dem übrigbleibenden Theile ist dasselbe Schicksal zu wünschen, da er einzig dazu dient, den Schuldner zu chikaniren.

c) Er soll die Schuld aus eigenem — nicht aus entlehntem — Gelde ablösen, was freilich schwer zu controlliren und daher praktisch von geringer Bedeutung ist[263]).

Alle diese Bestimmungen sind aus einem Bestreben hervorgegangen, dergleichen Schuldverhältnisse dauernd zu machen: ein Bestreben, welches der Natur des Schuldbriefes keineswegs gemäss ist.

6. Die Zahlung muss, insofern keine Stückzahlungen verabredet sind, sammethaft geschehen und in der Wohnung des Creditors abgetragen werden. Sind Stückzahlungen verabredet, so gelten diese. Ist nun aber der erste Termin des Schuldbriefes vorbei, ohne dass die einzelnen Raten nach dem Inhalte des Briefes bezahlt wurden; dann

263) Unt. Man. v. 18. Nov. 1689. Mandat von 1674. im Gerichtsbuch. St. Man. v. 9. Mai 1702. St. L. R. a. a. O.

hat der Creditor die Wahl, ob er auf den Fall, dass der Schuldner kündigt, sammethafte Zahlung oder Stückzahlungen nach den frühern Terminen begehren wolle. Schlägt er einmal jene aus, so kann er nur noch diese verlangen. Dem Auffallszüger und seinem Rechtsnachfolger nur steht zwei Jahre lang nach dem Zuge das Recht zu, sammethaft abzuzahlen, insofern er es aus eigenen Mitteln thun kann[264]).

7. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob in der Einzinserei die Mehrheit der Einzinser die Minderheit zur Ablösung zwingen könne. Wenn man indessen bedenkt, dass auf Seite der Schuldner mehr das Princip der Vielheit hervortritt, und dass jeder Einzinser doch ein selbständiges Interesse haben kann gegen die Ablösung; wenn man ferner erwägt, dass die Mehrheit der Einzinser leicht den kleinern Theil der Gesammtschuld repräsentirt, so wird man sich eher für Verneinung der Frage und zwar für unbedingte Verneinung entscheiden; und es scheint denn auch wirklich diese Ansicht in einer viel bestrittenen Stelle des Stadt- und Landrechtes vorausgesetzt zu sein[265]).

§. 45. H. Wirkung der Ablösung und Entkräftung des Schuldbriefes.

1. Die Zahlung wirkt gewöhnlich, da in ihr die Erfüllung der obligatorischen Verbindlichkeit liegt und diese

264) St. L. R. Th. VIII. §. 13. 14. S. 116. 117.

265) St. L. R. Th. VIII. §. 18. S. 119. „Wann dannethin unterschiedliche Käufer etlicher Stück und Gütern, so in einem Brief begriffen, so wol, als vielerlei Einzinser in einen Brief (da die meisten derselben mit eigenem Geld versehen, einen [die Verwechslung der Form des Accusativs mit dem Nominativ ist nicht ganz selten im Gesetz, wie sie auch jetzt noch häufig gehört wird, wenn Schweizer, deren Dialekt jenen formellen Unterschied nicht mehr kennt, deutsch reden] oder zwei aber nicht ablösen wollten) sollen jene mit diesen weiters solchen Brief zu verzinsen die Obliegenheit haben, bis sie alle und jeder seinen Antheil aus eigenen Mitteln die Ablösung zu thun im Stande seyen."

eben zunächst die Bestimmung hat durch Erfüllung unterzugehen, gänzliche Zerstörung der Forderung. Bei der schuldbrieflichen Forderung kann nun aber diese Wirkung darum nicht eintreten, weil der Schuldbrief durch die ihm inwohnende Glaubwürdigkeit zu einem unbedingten Repräsentanten der Forderung und als Gegenstand des Verkehres zu einer Sache geworden ist, so dass die Schicksale der Forderung selbst durch das Schicksal des Schuldbriefes bedingt werden. Demnach kann die Bezahlung des Schuldbriefes nur eine relative, nicht eine absolute Zerstörung der Forderung zur Folge haben. Gelangt daher der Schuldbrief nach der geschehenen Zahlung und ohne dass die Zahlung auf demselben bemerkt oder der Schuldbrief sonst entkräftet ist, unversehrt in die Hände eines dritten Erwerbers, welcher in gutem Glauben ist, so ist die schuldbriefliche Forderung in dessen Hände vollgültig und es kann der neue Eigenthümer nochmals von dem Schuldner Zahlung fordern. Es kann sich mithin der Schuldner auf die bereits geleistete Zahlung nur berufen, wenn ihm der Creditor selbst, der die Zahlung empfing, oder dessen Erbe oder ein Dritter, der von der Zahlung Kenntniss hatte, als er den Schuldbrief erwarb, gegenüber steht, nicht aber gegenüber dem dritten Besitzer in gutem Glauben.

Daraus folgt von selbst, dass der Debitor ein bestimmtes Interesse hat und zugleich berechtigt ist, Abschreibung der angebotenen Theilzahlung in dem Schuldbriefe und in dem Notariatsprotokolle und Aushingabe des entkräfteten Schuldbriefes selbst gegen die letzte Zahlung zu fordern. So wie mithin der Creditor die dargeliehene Geldsumme nur gegen den Schuldbrief vorzustrecken genöthigt werden konnte, so kann auch der Schuldner nur gegen Zurückgabe des Schuldbriefes zur Rückzahlung angehalten werden[266].

---

266) St. L. R. Th. V. §. 30. 31. 33. und 34. S. 71 — 73. §. 31: „Wann aber ein Schuldner dem nicht nachlebte und — die — Bezahlung in dem Schuld-Brief nicht ordentlich abschreiben liesse, nachgehends aber

2. Ist aber der Schuldbrief verloren oder sonst untertergegangen, so bleibt nichts übrig, als förmliche Amortisirung desselben und Löschung in dem Notariatsprotokolle nach fruchtlos gebliebenem öffentlichen und gerichtlichen Aufrufe. Denn wie der Schuldbrief die gerichtliche Autorität für sich hat, so kann dieselbe ihm auch nur auf dem nämlichen Wege wieder entzogen werden[267]). Ein altes Beispiel einer solchen Entkräftung finde ich im Jahr 1523. Es wurde nämlich damals dem Spital ein Gültbrief abbezahlt, der „verlegt" war. Darauf gab der Rath den Schuldnern eine mit dem Siegel versehene Ablösungsurkunde, wodurch jener Schuldbrief für förmlich vernichtet erklärt wird[268]).

§. 46. Wucher und Wucherverbote.

Zu allen Zeiten und unter allen uns verwandten Völkern galt der Wucher für etwas Widerrechtliches: überall finden wir daher auch Versuche, demselben zu steuern und gewisse für wucherlich gehaltene Geschäfte zu untersagen. Je mehr indessen der Verkehr sich ausbildet, je bewegter und mannigfaltiger er wird, desto schwieriger ist es auch, den Wucher zu verhindern. Die äussere Aehnlichkeit zwischen Geschäften, die jeder für erlaubt hält und wucherlichen Geschäften, die als solche verboten sind, wird immer grösser, die Gränzen verwischen sich oder scheinen willkührlich gezogen, und zuletzt weiss sich die Theorie eine Zeit lang nicht anders mehr zu recht zu finden, als indem sie die Unrechtlichkeit des Wuchers selbst in Zweifel zieht

---

ein Schaden daraus entstuhnde, solt er, der Schuldner, wegen seiner Saumseligkeit solches an ihm selbst haben."

267) Not. Ordnung v. 1804. I. §. 2. M. S. II. 202. III. §. 5. M. S. II. 211. Rathsverordnung v. 1811. M. S. V. S. 133.

268) Sie findet sich im Gemeindsarchiv Mänidorf. Darin heisst es: „So vernüetend wir doch denselben brieff vnnd thuond den hyemit ab wüssentlich."

und bestreitet[269]). Und in der That hat diese Ansicht vielen Schein für sich; denn geht man lediglich von dem Gesichtspunkte der individuellen Freiheit aus, so sollte es dem Schuldner frei stehen, sich auch durch einen ihm schädlichen Vertrag zu binden und beruht die Gültigkeit des wucherlichen Vertrages auf demselben Princip, nämlich der Anerkennung des rechtlichen Willens der contrahirenden Personen, wie die Gültigkeit eines jeden andern Vertrages. Auf dem Gebiete des Privatrechtes und des Privatverkehrs scheint man daher dem Wucher nicht beikommen zu können; aber eben desshalb, weil er als ein privatrechtliches gültiges und insofern erlaubtes Geschäft betrachtet wird, so scheint denn hinwieder kein Grund, den Wucher strafrechtlich zu untersagen, indem darin keine Rechtsverletzung liegt. Polizeiliche Verbote aber haben einmal dasselbe und überdiess noch die Leichtigkeit einer Umgehung gegen sich. Daher bleibt denn dieser Theorie nichts übrig, als den ganzen Begriff als einen durch positive Bestimmungen eingedrungenen dem Rechte fremden und nur der Moral zugehörigen zu beseitigen.

Mir ist es immer so vorgekommen: Wenn ein festes

---

269) Mit seinem gewohnten zersetzenden Scharfsinne hat Bentham die Vertheidigung des Wuchers übernommen. Ganz bezeichnend aber ist es, dass Bentham fast nur mit Gründen der Nationalökonomie streitet und den Rechtspunkt nur leise berührt. Es hängt das mit seinem ganzen Rechtssystem, wenn man es so nennen darf, zusammen, einem Systeme, das nicht auf die Idee der Gerechtigkeit, sondern auf die Theorie äusserer Wohlfahrt gebaut ist, eben desshalb aber auch keinen innern Halt und keine wissenschaftliche Befriedigung gewährt. Es konnte eben den Wucher nur vertheidigen, wer das Wesen des Rechts selbst verkannte. Man hat es schon oft beklagt, dass Bentham in Deutschland so wenige Verehrer erlange. Man hat aber dabei übersehen, einmal dass eine so unwissenschaftliche Ansicht, trotz dem ausserordentlichen Aufwande geistiger Ausschmückung, in einem Lande, dessen philosophische und historische Wissenschaften einen weit höhern Grad der Ausbildung erlangt haben, nicht aufkommen konnte, dann auch, dass seine Schriften, ungeachtet der grossen leichtfasslichen Klarheit der Sprache und der scheinbaren praktischen Anwendbarkeit des Inhaltes, doch auch dem gesunden Gefühle und dem sittlichen Takte des grössern Publikums nicht zusagen, welches das Recht für mehr als nur ein Produkt des Zufalls und der Willkühr und für mehr als nur eine Anstalt Wohlbehagen zu verbreiten ansieht.

und entschiedenes Rechtsgefühl sich Jahrhunderte lang in den Völkern äusserte, das die juristische Theorie nicht zu begreifen vermag und für falsch erklärt; so lohnt es sich wohl der Mühe, diese Theorie zum zehnten Male zu prüfen. Denn gewöhnlich wird sie sich doch am Ende falsch erweisen und das unbewusste Gefühl noch zum Bewusstsein gelangen und zu Ehren kommen.

Schon das kann einem Bedenken erregen gegen jene Theorie, dass der Grund, aus welchem das Verbot des Wuchers aus dem Rechtsgebiete weg und in das Gebiet der Moral hinüber gewiesen wurde, der war: Die rechtliche Gültigkeit des wucherlichen Vertrages folge schon aus der Freiheit des Willens der Contrahenten. Auf dieselbe Freiheit des Willens wird denn aber auch gewöhnlich die Moral basirt; und wenn sich somit die Rechtmässigkeit dieses Willens aus diesem selbst rechtfertigt, so rechtfertigt sich auch zugleich die moralische Zulässigkeit dieses Willens. Consequenter Weise werden sie daher in einem zweiten Sturme das Verbot auch aus dem Gebiete der Moral verbannen und überall die Freiheit des Willens anerkennen und vor einer Hemmung durch Wucherverbote schützen müssen.

Der Irthum in jener Theorie liegt nun aber eben darin, dass sie Freiheit des Willens voraussetzt und zu schützen vorgibt, während in der That nur ein Schein der Freiheit vorhanden ist, und sie vielmehr die Herrschaft über die Unfreiheit schützt. So lange es nämlich eine Theilung des Vermögens und einen Verkehr der Einzelnen über dieses Vermögen geben wird, so lange wird es auch Reiche und Arme, Creditoren und Debitoren geben. Und es sind diese Creditoren und Debitoren nicht etwa nur in diesem oder jenem Verhältnisse, sondern durchgängig in einer Masse von Verhältnissen Creditoren und Debitoren. Sie wechseln auch gewöhnlich die Stellung nicht unter einander, sondern höchstens erscheinen die regelmässigen Debitoren nach unten hin wieder als regelmässige Creditoren, nach oben aber sind sie nur äusserst

selten Berechtigte, fast immer aber Gebundene und Verpflichtete.

Dieses Verhältniss, welches aus dem Wesen des Rechtes selbst hervorgeht, und welches mit der steigenden Freiheit und Beweglichkeit des Rechtsverkehrs sich immer schroffer gestalten wird, dieses Verhältniss der regelmässigen Debitoren zu den regelmässigen Creditoren drückt nun die Freiheit der Erstern nieder und unterwirft sie der Herrschaft der Letztern. Diese Unterordnung der einen Personen unter die andern ist nun aber nicht eine organische, sie geht nicht aus Familien- oder andern naturgemässen persönlichen Beziehungen hervor. Wäre sie das, so wäre sie zugleich Freiheit; denn Unterordnung schliesst Freiheit nicht nur nicht aus, sondern Freiheit kann oft nur in Form der Unterordnung zur Wirklichkeit kommen. Weil sie aber das nicht ist, sondern vielmehr auf den äussern kalten, unpersönlichen Wirkungen des Eigenthumswechsels und des Geldverkehrs beruht, so ist sie eine wahre Unfreiheit, die nur um so empfindlicher ist, je mehr sie den äussern Schein der Freiheit für sich hat, wenn gleich selbst in diesem täuschenden Scheine noch einiger Trost liegen mag.

Macht nun der Creditor von dieser Lage des Schuldners Missbrauch, benutzt er die ohnehin unfreie Stellung des Letztern dazu, um ihn in bester Form Rechtens zur Eingehung neuer Schulden zu nöthigen, welche ein wahrhaft freier Schuldner nicht eingehen würde, weil sie dem regelmässigen und ordentlichen Verkehre nicht entsprechen, weil vielmehr die Verpflichtung, die er über sich nimmt, entweder schon an sich oder der darin liegenden Gefahren wegen in einem Missverhältnisse steht zu den Vortheilen, welche der Schuldner bei Eingehung der Schuld sucht: so ist ein solcher Vertrag eben auf Seite des Schuldners kein freier, sondern ein theilweise unfreier und der obligirende Wille des Creditors, so weit er über jene Gränzen hinausgeht, ein unrechtlicher. Betrachte man ihn auf Seite des Creditors, oder auf Seite des Debitors, auf beiden Seiten ist ein Mangel; dort Unrecht hier Unfreiheit. Und diess

eben ist es, was die Gültigkeit solcher Verträge hindern kann.

Es ist ohnehin schlimm genug, dass das Recht, dessen Consequenzen eben jenen ganzen Zustand der Unfreiheit — offenbar gegen seinen innersten Willen, indem es eben die Freiheit schützen wollte — erst hervorgebracht haben, nicht Macht genug besitzt, um das in Unrecht umgeschlagene Recht wieder zu sich zurück zu führen[270]). Aber es wäre noch viel trauriger, wenn das Recht nicht einmal den Versuch machen wollte oder dürfte, dieses Unrecht wenigstens zu mildern. Vergleicht man nun die verschiedenen positiven Rechte, so haben sie wirklich alle, von ihrem eigenen Geiste geleitet, diesen Versuch gewagt, und so unvollkommen, so ungenügend auch überall die Mittel waren und bleiben werden, um das Uebel zu hemmen, welches ja aus der Unvollkommenheit der menschlichen Rechte selbst entsprungen ist, so sind sie doch als Versuch schon ehrenwerth und vom Gesichtspunkte des Rechtes aus nicht blos gerechtfertigt, sondern geradezu geboten.

Die Schwierigkeit liegt offenbar darin, den wucherlichen Charakter solcher Verträge zu erkennen, indem die wucherliche Tendenz sich wohl hütet heraus zu treten und sich zu offenbaren, sondern in den geheimen Falten des noch verschlossenen Willens sich verbirgt und nur in sehr unschuldiger Form, in der Form ihres Gegentheiles, des Rechtes, sich äusserlich geltend macht. Da nun aber das Recht seiner Natur nach das innere Unrecht, so lange es sich nicht äussert, nicht fassen und zurecht weisen kann,

---

270) Vergl. K. F. Göschel Zerstreute Blätter, Erfurt 1832. Bd. I. S. 418: »Wer sich jeden Groschen, den er einem Dürftigen leihet, verzinsen lässt, hat das äusserste äussere Recht für sich, aber eben darum, weil ers bis aufs Aeusserste steigert, das höhere Recht gegen sich, welches darauf sich gründet, dass einer neben dem andern leben könne. Ps. 15, 5. Exod. 22, 25. Levit. 25, 36. Deut. 23, 19; wer aber Wucher treibt, er bestehe in zu hohen Zinsen, oder in betrügerischer Verschleierung des Zinsgesetzes, in usurae oder in census redimibiles, der hat auch das äussere Recht gegen sich."

so muss es sich wohl damit begnügen, da, wo die wucherliche Tendenz schon aus der äussern Form und dem Inhalte des Vertrages geschlossen werden kann, auf sie zu greifen und sie zu züchtigen. Es ist der Wucher einer der schlimmsten Feinde des Rechtes, weil er das Unrecht unter die Form des Rechtes verbirgt und die Bedrückung unter dem Scheine der Freiheit vornimmt. Daher ist das römische Recht nicht zu tadeln, dass es den Wucherer mit Infamie bedroht, und eben so wenig sind neuere Rechte zu tadeln, wenn auch sie schwere Folgen und Nachtheile an den Wucher knüpfen. Die römische Strafe ist aber eben darum die gerechte, weil der Wucher Missbrauch der persönlichen Freiheit zu Bedrückung ist, die Infamie nun aber diese selbe persönliche Freiheit trifft.

Die einzelnen Wucherverbote des zürcherischen Rechtes sind nun:

1. Der höchste erlaubte Zinsfuss war schon sehr frühe auf 5% gesetzt[271]). Doch scheint er nicht überall beachtet worden zu sein; wenigstens beschweren sich die Bauern der Herrschaft Greifensee 1525. über die Wucherzinse, die jenes Verhältniss von 5% überschreiten.

> Glauben wir, dass auch das ungöttlich und unrecht gethan sey, dass man in der Stadt und auf dem Land einander so schwerlich belade mit Wucherzinsen an Kernen, Wein, Haber und Rheinisch Geld und hoffen, dass solches zu Nutz der Armen abgestellt und ein ziemliches zins von einem Pfund ein Schilling bestimmt werde. Dann obwohl auch dieser nicht göttlich ist, kann er doch zum vortheil der Armuth nachgesehen werden.

Die Bauern fühlten wohl, dass ein billiger Zins auch im Interesse der Armen liege und stellten daher nicht die für die Verkehrsverhältnisse unpassende Forderung eines gänzlichen Zinsverbotes.

Im Jahr 1529. erliess der Rath ein Mandat, worin folgende Stelle vorkommt:

---

271) Oben Buch III. §. 20. S. 423.

Wiewol wir niemantz heissent noch erloubend, sin gelt vff zins vsszelichen: dann wir vil lieber wöltind, das yederman dem andern vss trüw vnd Christenlicher liebe Jihe hulffe vnd fürsatzte. Diewyl aber leider die liebe in allen menschen erkaltet, vnd der gyt, ouch die vntrüw etlicher liederlicher lüten überhand genommen hat — Lassend wir geschehen, dass man pfennig zins möge kouffen, wie vormalen gebrucht worden, da einem von hundert pfunden fünffe — zu järlichen zins verlange, Mit dem heyteren unterscheyd, dass kein ander gfaar mit vnderpfanden, losungen oder sunst — gebrucht werde.

Diese Beschränkung der erlaubten Zinse bis auf höchstens 5% erhielt sich bis in das neueste Recht; nur für kaufmännischen Verkehr wurde ein Zinsfuss von 6% gestattet[272]).

Insoweit ist das Wucherverbot zu rechtfertigen. Ganz unsinnig aber und in seiner Art unerhört ist das damit verbundene Verbot an den Creditor, nicht unter 5% darzuleihen, als ob es auch Wucher wäre, mindere Zinse als die höchst erlaubten zu fordern. Ursprünglich bezog sich dieses letztere Verbot freilich nur auf Gülten und Schuldbriefe. Aber auch insofern war dasselbe offenbar schändlich und lässt sich einzig daraus erklären, dass der städtische Rath, welcher fast ganz aus Creditoren bestand, die Stellung des Gesetzgebers missbrauchte, und statt durch seine Gesetze dem Rechte zu dienen, die persönlichen Interessen seiner Mitglieder zu wahren suchte. Im Jahr 1675.[273]) wurde, so viel ich weiss, der erste Schritt zu solchem Unrechte gethan. Der Rath erklärte die Anlegung der Capitalien zu 4% für schädlich, weil dadurch die Schuldner, welche bisher zu 5% Geld aufgenommen, veranlasst würden, ihre Schulden zu kündigen, und beschloss, es sollen künftig keine Briefe mehr zu 4% besiegelt, sondern dem

---

272) Mandat v. 1653. im Gerichtsbuch. St. L. R. Th. V. §. 1. S. 56. Wechselordnung v. 1805. §. 29. M. S. III. 46.

273) Unt. Man. v. 10. Nov. 1675. Vergl. auch Unt. Man. v. 7. Mai 1687.

Darleiher überlassen werden, auf seine Gefahr und ohne Sicherstellung der Pfandrechte sein Geld auszuleihen. In der Folge ging man noch weiter und verbot alle Darlehen überhaupt unter 5%[274].

An beide Verletzungen des ordentlichen Zinsfusses wurden denn ganz gleiche Strafen geknüpft, als ob in beiden gleiches Unrecht läge; und es sind diese Strafen von der Art, dass sie nicht weniger den Schuldner als den Gläubiger treffen. Soweit verkannte das spätere Gesetz die ganze Bedeutung und die rechtliche Grundlage der Wucherverbote, dass es den armen Schuldner noch dafür mit Strafe bedroht, dass er durch den wucherlichen Gläubiger sich hat nöthigen lassen. Es soll nämlich von beiden Theilen zur Hälfte ein Viertheil des schuldigen Capitals als Busse bezahlt werden und die Forderung ihr Pfandrecht verlieren.

Die Bestimmung, soweit sie zugleich ein Minimum des erlaubten Zinsfusses festsetzt, ist durch Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch schon längst gänzlich obsolet geworden, zum deutlichen Zeichen, dass offenbares Unrecht, und wenn es schon die Form des Gesetzes für sich hat, sich nicht in die Dauer hält.

2. Ferner wird es als Wucher behandelt und mit Geldbusse bedroht, wenn die Zinsforderung zum Capital geschlagen und so als Bestandtheil des Capitals mit diesem von Neuem zinstragend gemacht wird. Und zwar ist nicht allein der eigentliche Anatocismus, wornach zum voraus schon die Verabredung getroffen wird, dass die ausstehenden Zinse das zinstragende Capital vermehren sollen, sondern auch der Anatocismus durch neue Verabredung im concreten Falle verboten: wenn schon jener erste Vertrag leichter zu wucherlichen Geschäften missbraucht werden kann. Das Verbot findet in der psychologischen Erfahrung, dass die Bequemlichkeit und Faulheit des Schuldners hier der wucher-

---

274) St. L. R. Th. V. §. 1. S. 56.. Im Entwurfe zu dem Stadtrecht ist nur von einem Maximum, und nicht zugleich von einem Minimum des erlaubten Zinsfusses die Rede.

lichen List des Gläubigers zu Hülfe kommt, seine Begründung. Wenn dagegen aus den Umständen sich erzeigt, dass nicht in dem Wucher des Creditors, sondern vielmehr in der Lage des Schuldners, der, wenn der Creditor baare Zinszahlung forderte, ausgetrieben werden müsste, somit gerade in der Schonung gegen den Schuldner der Grund einer solchen Verabredung liegt, da ist sie auch erlaubt und gültig[275]. Hat der Schuldner die Zinse bezahlen gekonnt, und erhält er dann das Geld von Neuem dargeliehen von dem Creditor, so ist das als neues Darlehen ebenfalls gültig wie denn die Gefahr des Wuchers, wenn der Schuldner Geld hat, sich sehr vermindert.

3. Vorläufige Abzüge an der dargeliehenen Summe werden häufig im wucherlichen Sinne missbraucht, und sie sind um so gefährlicher, je schwieriger die Entdeckung ist. Auch kann kein Zweifel sein, dass dieselben nicht als Wucher zu behandeln sind, somit die Forderung jedenfalls auf ihren realen Werth herabzusetzen und die zu viel bezahlten Zinse sammt Zinseszinsen zurück zu geben sind, indem theils eine ganz entschiedene Volksansicht, theils überdem Andeutungen des Stadt- und Landrechts selbst und eine Verordnung des Kleinen Rathes den Fall als Wucher bezeichnen[276]. Gerade hier zeigt sich wieder die wahre Natur des Wuchers deutlich. Wenn nämlich der Staat ein Darlehen als Schuldner contrahirt, so kommt es nicht selten vor, dass das Banquierhaus, welches das Darlehen negocirt hat, dem Staate vorläufige Abzüge macht und für die Nominalforderung von 100 nur 80 oder 90 bezahlt. Kein Mensch wird hier von Wucher reden, während dieselben Leute ganz entschieden es als Wucher bezeichnen, wenn ein Creditor einem armen Schuldner nur 80 gibt, aber sich 100 dafür verschreiben lässt. Und doch sind die Geschäfte äusserlich ganz dieselben. Soll nun die Wissenschaft hinter dem Takte des ge-

275) St. L. R. Th. V. §. 1. S. 57.

276) St. L. R. Th. V. §. 11. S. 61. Rathsverordnung v. 1809. M. S. IV. 132.

meinen Mannes zurück bleiben und einen Unterschied nicht begreifen können, den jener so deutlich fühlt? Der Wucher erfordert eine wucherliche Gesinnung, er setzt auf der einen Seite Missbrauch der scheinbaren Freiheit des Schuldners voraus, auf der anderen Seite wirkliche Unfreiheit und Schwäche des Schuldners. Das äussere Rechtsgeschäft allein ist nicht strafbar, insofern sich in ihm nicht die wucherliche Gesinnung äussert oder zwar verbirgt, aber doch entdeckt wird. Gegen den Staat, gegen den Reichen, gegen den Mächtigen lässt sich kein Wucher üben, wenn auch sie auf alle mögliche Weise in vorübergehende Verlegenheiten kommen können. Ihre sonstige Stellung ist vollkommen hinreichend, den Schaden wieder gut zu machen, der aus einer immer nur als Ausnahme zu betrachtenden Bedrängniss für sie entstehen kann. Hat man doch auch da Beispiele genug, dass die Staaten insbesondere, welche etwa in einer plötzlichen Verlegenheit zu hart mitgenommen worden sind, wenn sie sich wieder in ihrer Macht fühlen, sich selbst zu helfen wissen und nicht immer gerechte Massregeln dennoch durchsetzen, um jenen Schaden wieder zu ersetzen. Es ist daher nicht nöthig, um dieser willen von der Festhaltung des formellen Rechtes und von der äussern Freiheit des Verkehrs abzuweichen, was allerdings nach dem Obigen nöthig wird, da wo es sich um die wahrhaft unfreie Lage der regelmässigen Debitoren handelt.

4. Der Darleiher darf keine Waaren statt Geld als Darlehen geben. An sich ist das Geschäft wieder unschuldig, indem einen nichts hindert, eine Sache zu verkaufen, den Kaufpreis zu creditiren und überdem noch eine Summe Geldes dem Käufer darzuleihen. Allein eben darin, dass der wahre Wille der Contrahenten auf Darlehen gerichtet ist, wie er sich denn auch in der Form des Darlehens äussert, dann aber der Darleiher es vorzieht, dem Schuldner statt der Summe Waaren zu übergeben, als ob diese ein Bestandtheil des Darlehens wären und sein könnten, liegt das Schiefe und Trügliche des Geschäftes und eignet sich dasselbe wieder zu wucherlichen Tendenzen. Denn gewöhn-

lich wird dann der Debitor genöthigt, Waaren unter dem Preise anzunehmen. Das Geschäft ist mithin insofern wieder ungültig, als dasselbe die reine Natur entweder des Darlehens oder des Kaufes verläugnet[277]).

5. Endlich ist noch der Verfallsvertrag in dem Sinne verboten, dass nicht zum voraus schon der Schuldner auf den zukünftigen Fall, dass er die Schuld nicht zahlen kann, dem Creditor die Pfänder zu Eigenthum überlasse und auf sein Recht verzichte, durch möglichst günstige Veräusserung der Pfänder die Schuld abzulösen[278]).

§. 47. Kaufvertrag.

1. Der Kauf gehört vorzugsweise zu den Rechtsgeschäften, welche die Verbindung verschiedener Völker vermitteln. So weit den Vermögensrechten ein Werth in Geld zugeschrieben wird und jene veräusserlich sind, so weit reicht auch der Kauf und bildet die Grundlage des Verkehres, indem er eben in dem Umtausche der Vermögensrechte gegen ihre Schatzung in Geld besteht. Darum gehört auch im römischen Rechte die Theorie vom Kaufe dem Jus Gentium an und eben desshalb passt die Theorie des römischen Rechtes im Ganzen für den Verkehr auch der modernen Welt, wenn schon auch da wieder einzelne Modificationen durch den neuen Verkehr erzeugt worden sind.

2. Der Begriff des Kaufes ist überall derselbe, nämlich Vertrag, dem zufolge der Verkäufer dem Käufer ein Vermögensrecht zu übertragen verspricht, wogegen sich der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer dafür einen Preis in Geld zu bezahlen. Das römische Recht, und die meisten

---

277) St. L. R. Th. V. §. 11. und 12. S. 60. und 61.

278) St. L. R. Th. V. §. 39. S. 75. spricht zwar nicht directe von dem Verfallsvertrag, beschränkt aber sogar die Veränsserung des Pfandes an den Creditor in dem Moment, wo die Zahlung fällig ist, somit die Gefahr dem Schuldner unmittelbar vor Augen schwebt.

neuern Rechte fordern einen zum voraus schon bestimmten Preis, lassen es aber doch geschehen, dass die zukünftige Bestimmung desselben einem Dritten anvertraut wird. Auch unser Partikularrecht folgt dieser Theorie, doch ist immer festzuhalten, dass die Contrahenten über Waare sowohl als Preis sich geeinigt haben müssen, wenn schon die genaue Fixirung des Preises durch ein künftiges Ereigniss, z. B. Schatzung von Experten oder Rücksichtnahme auf einen zu einer gewissen Zeit sich ergebenden Marktpreis vermittelt wird. Wäre auch diese mittelbare Bestimmung des Preises unterlassen, so könnte das Geschäft wohl sonst auf Gültigkeit Anspruch haben aus dem Gesichtspunkte des freien formlosen Vertrages, würde aber nicht als Kaufvertrag anzusehen sein.

3. Alle handlungsfähigen Personen sind auch befugt, Käufe abzuschliessen. Davon gab es im ältern Rechte eine Ausnahme. Es wurden nämlich die Verkäufe von Liegenschaften an die Ewigkeit, oder an die todte Hand, ohne besondere Genehmigung der Obrigkeit untersagt. Der Grund und die Bedeutung dieses Verbotes ergeben sich schon aus dem Ausdrucke; man wollte verhüten, dass nicht die Liegenschaften dem lebendigen und wechselnden Verkehre und der Thätigkeit der Bürger entzogen werden und in die Hand juristischer Personen gelangen, die, wie sie selbst ein langes gewisser Massen ewiges Leben haben, auch ihr Vermögen unveränderlich fixiren. Freilich hatte man von Anfang an vorzüglich geistliche Stiftungen und Klöster im Auge, deren um sich greifende Herrschaft auf diese Weise beschränkt werden sollte, und dachte kaum an Gemeinden, welche den physischen Personen als deutsche Genossenschaften viel näher standen. In der Folge wurde aber dasselbe Verbot auch auf den Erwerb solcher etwa ausgedehnt und noch im achtzehnten Jahrhundert z. B. auf die Stadt Winterthur bezogen [279]. Gegenwärtig ist

279) St. Man. v. 1486. I. S. 58. v. 1659. Mai. 4. von 1763. Febr. 2. und 1764. Febr. 9. Leu III. 335.

auch diese Beschränkung antiquirt, weil sie den jetzigen Begriffen von Freiheit des Verkehres nicht zusagt und jene politischen Besorgnisse der frühern Zeit verschwunden sind.

4. Die Gültigkeit des Kaufvertrages wird nicht durch eine besondere Form bedingt, selbst nicht wenn der Kauf sich auf Liegenschaften bezieht. Auch in diesem Falle ist der irgendwie ausgedrückte Consens hinreichend, ein obligatorisches Band zwischen Verkäufer und Käufer zu knüpfen, wenn schon das Eigenthum selbst ohne die nachfolgende kanzleiische Fertigung auf den Käufer nicht übergehen kann[280]), und es versteht sich ein Recht der Reue nach Abschluss des Vertrages und etwa bis zur Uebergabe des Besitzes oder Eigenthums keineswegs von selbst, vielmehr hört dasselbe sogar dann auf, wenn es ausdrücklich verabredet und dafür noch ein sogenannter Wendschatz oder Reukauf ausbedungen wurde, sobald von dem Käufer der Besitz bezogen oder von dem Verkäufer ein Theil des Kaufpreises angenommen wurde[281]).

Im Leben kommen freilich oft — abgesehen von schriftlicher Abfassung und Unterzeichnung der Verträge — noch andere Formen vor, welche vornämlich dazu dienen, die bindende Absicht des Kaufes klar zu machen, z. B. die Form des Handschlags zur Bekräftigung der Uebereinkunft, die Uebergabe eines Darangeldes (arrha). Dahin gehörte besonders in älterer Zeit die Sitte, den abgeschlossenen Vertrag durch einen gemeinsamen Trunk zu bestätigen, wie denn selten bei den deutschen Stämmen ein bedeutendes politisches oder rechtliches Geschäft ohne ein Gelage abgethan wurde. Später kam aber diese Sitte mehr in Misscredit und man verabredete dann oft, statt des Trunkes, ein Trinkgeld zu dem Kaufpreise hinzu, welches hinwieder auf einen verhältnissmässig geringen Betrag

280) Recht geeignet, um Missverständnisse zu erzeugen, ist die ganz und gar verunglückte Redaktion der Not. Ordnung v. 1804. Absch. III. §. 1. und 2. M. S. II. 210.

281) St. L. R. Th. VII. §. 8. 10. S. 96. und 67.

(drei bis vier Dukaten) beschränkt wurde[282]). Alle diese Formen sind indessen für die Gültigkeit des Vertrags durchaus nicht nothwendig.

5. Eine Ausnahme begründen Verkäufe von Liegenschaften unter Ehegatten oder unter Ascendenten und Descendenten, welche zur formellen Gültigkeit der gerichtlichen Ratification bedürfen. In beiden Fällen nämlich ist Gefahr, dass durch solche Käufe die Erbansprüche der Familie leicht verletzt werden können, und so wird denn, damit das Gericht ratificire, die Einwilligung der nächsten Erben gefordert, welche diese freilich nicht ohne Grund versagen können. Im erstern Falle kommt noch die Besorgniss eines ungebührlichen Einflusses von Seite des Mannes auf die schwächere Frau hinzu[283]).

6. Die Versteigerung oder Gant (von incantatio) bewirkt eine eigenthümliche Modification des Kaufvertrages. Während nämlich der Kaufvertrag zunächst aus einer Unterhandlung zweier Personen hervorgeht, so wird hier gleichzeitig von Seite des Verkäufers die Sache mehrern Personen angeboten. Es werden diese mehrern Personen gewisser Massen zum Wettkampfe aufgefordert, welche unter ihnen am meisten dafür biete. Dem Meistbieter wird dann — insofern nicht besondere Vorbehalte Statt finden — zugeschlagen[284]).

Alle öffentlichen Ganten, auch wenn sie von Privaten in ihrem Privatinteresse vorgenommen werden, stehen un-

---

282) St. L. R. Th. VII. §. 10. S. 97. Mittermaier D. P. §. 280. Damit sind indessen nicht zu verwechseln die „hinter dem Weine gemachten" Käufe, welche im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert häufig zur Sprache kommen und gewöhnlich als ungültig erklärt, zuweilen sogar mit Strafen belegt werden, und an welche auch St. L. R. Th. VII. §. 13. S. 98. denkt. Darunter werden Käufe verstanden, wobei der Wein und die Berauschung durch den Wein benutzt wurde, um den einen oder andern Theil zu einem erst abzuschliessenden für ihn ungünstigen Vertrage zu bestimmen.

283) Gesetz v. 1812. M. S. V. S. 225. und 317. Vergl. N. S. 1. S. 154.

284) St. L. R. Th. VII. §. 28. S. 104.

ter Aufsicht der Ortsbehörde, alle gerichtlichen Ganten werden ursprünglich von den Gantmeistern und Landschreibern, gegenwärtig wieder von den Gemeindammännern geleitet[285]).

In jedem Angebote liegt dann eine bedingte und den Bieter einseitig verpflichtende Zustimmung zu dem Kaufvertrage, unter der doppelten Bedingung nämlich, dass während der Versteigerung nicht ein anderer überbiete, und dass der Verkäufer sich dadurch befriedigt erkläre und seinerseits zuschlage. Sobald ein anderer mehr geboten hat, so wird sein Vorgänger, der bis dahin für sein Angebot gehaftet hat, unbedingt frei, gesetzt auch der Verkäufer zöge es vor, auf das Mindergebot desselben zurück zu greifen. Nicht die Zusage gegenüber dem Meistbieter, sondern schon das Mehrgebot selbst löst die einseitige Verpflichtung des vorhergehenden Bieters, wie sich aus der ganzen Bedeutung der Versteigerung und der Form des Rufes ergibt. Indem nämlich der Versteigerer zu bessern Angeboten aufruft, erklärt er zugleich, dass ihm das bisherige Gebot, sobald sich ein besseres zeige, nicht genüge: und indem der Bieter sein Angebot erlässt, ist er sich zugleich bewusst, dass nur einer der mehr biete, ihn in diesem Wettstreite verdränge, eben darum aber auch hinwieder befreie.

Die Zusage erfolgt bei uns nach dreimaligem Aufrufe einer weit verbreiteten Sitte gemäss. Durch sie wird nun der Meistbieter definitiv behaftet und der Kaufvertrag ist vollendet. Hat sich der Meistbieter Bedenkzeit vorbehalten, so wirkt doch die vorläufige Zusage bei der Versteigerung so viel, dass der Meistbieter, bis zum endlichen Entscheide des Verkäufers, den dieser indess beförderlich zu geben hat, verhaftet bleibt und nicht frei wird durch ein höheres Nachgebot eines Dritten nach der Versteigerung, da ein solches eben nicht mehr dem Gantverfahren selbst angehört.

285) Vergl. St. L. R. Th. VII. §. 5. §. 28. S. 95. und 104. Th. X. §. 19. S. 145. Gesetz v. 30. Mai 1831. §. 15. N. S. I. S. 97.

7. Schon nach einer Verordnung von 1430. war es untersagt, die Früchte auf dem Halme zu verkaufen und in dem Stadt- und Landrecht[286]) wurde das Verbot erneuert. Dieser positiven Vorschrift, welche wir in deutschen Reichsgesetzen wieder finden[287]), lag wohl wieder die Besorgniss von Wucher und ein Gefühl, dass ein solcher Verkauf durchgängig sich mit guter und besonnener Wirthschaft nicht vertrage, zum Grunde.

Aus Rücksichten auf die persönliche Wehrpflicht dagegen erklärt sich ein zweites Verbot, seine Waffen zu veräussern, in dem Sinne, dass der Kaufvertrag ungültig ist und die Contrahenten überdem mit Strafe bedroht werden[288]).

§. 48. Nachwährschaft.

Eine Nachwährschaft, zu welcher der Verkäufer verpflichtet ist, kommt entweder mit Bezug auf physische Mängel der verkauften Sache oder mit Bezug auf rechtliche Mängel des verkauften Rechtes zur Sprache.

I. Physische Mängel. Dass der Verkäufer sowohl für Vorzüge der Sache, die er versprochen hat, die sich aber nicht vorfinden, als für Mängel, welche er gekannt aber verheimlicht hat, einstehen müsse, ersteres freilich in dem Sinne, dass ein blosses Anpreisen der Waare, wie es im Verkehre üblich ist und so wenig vollen Glauben findet als verdient, noch nicht als ein verbindliches Versprechen bestimmter Eigenschaften der Sache betrachtet wird; dieses versteht sich schon von selbst, wenn man die Natur des Kaufvertrages erwägt, der eben auf Treue und Glauben im Verkehre beruht. So weit der Verkäufer eben ein anderes versprochen hat und ein anderes gibt, so weit

---

286) Th. VII. §. 26. S. 103.
287) Eichhorns Privatr. §. 98.
288) St. L. R. Th. VII. §. 27. S. 103.

haftet er schon aus dem Kaufvertrage und es kann der Käufer, je nach Umständen, bei wesentlichen Verletzungen der Treue und des Glaubens Aufhebung des Kaufvertrages oder Schadenersatz, bei unwesentlichen wenigstens den letztern fordern.

Das römische Recht ging bekanntlich weiter, indem das aedilicische Edict auch in den Fallen eine Klage auf Nachwährschaft zuliess, wo dem Verkäufer selbst der Mangel verborgen geblieben war, und überhaupt dem Käufer immer freie Wahl verstattete, ob er eine Wandelungs- oder eine Minderungsklage (actio redhibitoria oder actio quanti minoris) anstellen wolle.

Das ältere deutsche Recht ging, wie Cropp[289]) wenigstens sehr wahrscheinlich gemacht hat, von einem andern Principe aus, nämlich, dass es dem Käufer, wenn der Verkäufer einen erheblichen Mangel gekannt aber verheimlicht habe, frei stehe, die Sache binnen einer ganz kurzen Frist, gewöhnlich von drei Tagen, zurück zu geben, nachher aber der Käufer ohne weiters und unbedingt an den Kauf gebunden sei. Ebenso ist es für das deutsche Recht ckarakteristisch, dass die Aufnahme der gekauften Sache in die Were des Käufers für die ganze Frage der Nachwährschaft ein sehr bedeutendes Moment ist.

Unser Recht ist nun auch hier wieder zwar nicht ohne Einfluss römischer Theorien aber doch deutscher geblieben als das gemeine deutsche Recht:

1) Die Wandelungsklage wird jedenfalls nur wegen erheblicher Mängel gestattet[290]). Zunächst ist ihre Anstellung nun freilich nicht an die römische Frist von 6 Monaten gebunden, sondern kann an sich auch nachher noch vorkommen. Allein der Einfluss des Principes, dass der Käufer, wenn er ohne Vorbehalt die erkaufte Sache in seine Were aufnimmt, sie eben dadurch billige, und desshalb in der Folge nicht mehr klagen könne (wo nicht

289) Juristische Abh. Bd. I. No. 11.

290) St. L. R. VII. §. 21. S. 101.

etwa eigentlicher Betrug eine Ausnahme zulässt), bewirkt dennoch, dass diese Klage meistens in viel kürzerer Zeit unbrauchbar wird als im römischen Rechte. Man nimmt an, der Käufer solle die erkaufte Sache sorgfältig und ohne Verzug prüfen, wenn er sie in seine Gewere nimmt. Findet er Mängel, so soll er davon dem Verkäufer sofort Anzeige machen und sie entweder zu seiner Disposition stellen oder ihn für den Minderwerth belangen. Thut er das nicht, so liegt darin Gutheissung der Waare und insofern Verzicht auf hinterherige Klagen wegen Nachwährschaft. Dieses Princip, welches sich besonders im Handelsverkehre und sonst vielfach im Leben äussert[291]), wird auch in unserm Stadt- und Landrechte in einer speciellen Anwendung anerkannt:

> St. L. R. Th. VII. §. 22. Derowegen soll keiner in Herbstzeiten Wein-Most in seinen Keller auf und annehmen, er habe dann solchen selbst vorher versucht, oder durch Verständige versuchen lassen, und also währschaft erfunden: Wofern aber einer solchen Wein-Most, der sich nachgehends nicht just erzeigte, ungeahndet und ohne heiteres Beding, dass er solchen anderst nicht, dann auf des Weinmanns Gefahr hin, in den Keller legen lasse, also dass er es auf den Fall rechtmässig bescheinen könnte, in den Keller aufnehmen wurde, soll er dann den bedeut davon ereignenden Schaden an ihm selbst haben.

2) Die Minderungsklage wird freilich in unsern Quellen nicht für faktische Mängel erwähnt, aber von der Praxis unzweifelhaft anerkannt, so wie sie auch schon aus der Bedeutung des Kaufvertrages selbst sich leicht ergibt. Auch sie ist nicht auf kurze Zeit beschränkt, wird aber wie die Wandelungsklage durch ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der in die Were des Käufers gelangten Sache meistens in sehr kurzer Zeit aufgehoben.

3) Für den Verkauf von Hausthieren finden sich auch in unserm Rechte eigenthümliche Bestimmungen, durch

---

291) Gropp a. a. O. S. 184.

welche eine bestimmte Währschaftszeit festgesetzt wird, binnen welcher der Verkäufer für Mängel haftet, auch wenn sie ihm selbst verborgen gewesen waren, nach welcher er aber denn ebenso unbedingt frei wird von jeder weitern Nachwährschaft. Für vier sogenannte Hauptmängel wurde durch das Stadt- und Landrecht, „nach Landsgebrauch und Recht" die bekannte deutsche Frist von sechs Wochen und drei Tagen als Währschaftszeit festgesetzt [292]). Genauere Fristen sind denn durch ein späteres Gesetz angeordnet worden. Immerhin aber zeigt sich insofern der deutsche Charakter dieser Währschaftsfristen, als hier nun jene Uebernahme in die Were des Käufers eben nicht, wie sonst in der Regel, sogleich als Billigung der Sache zu interpretiren ist, somit sich jene Fristen eher eine Verlängerung und Erweiterung der regelmässigen Nachwährschaft begründen, während sie verglichen mit der Lehre des römischen Rechtes eher als eine Verkürzung und Beschränkung derselben erscheinen.

II. Rechtliche Mängel. Entweder kann der Verkäufer das verkaufte Vermögensrecht (in der Regel Eigenthum) nicht wirklich übertragen, weil es ihm selbst nicht zugehört. Hier muss er aus dem Kaufvertrage schon einstehen, und zwar kann ihn der Käufer, auch bevor ihm die Sache von dem dritten wahren Eigenthümer evincirt wird, sobald nur die Gefahr der Eviction vorhanden ist, anhalten, ihm entweder das verkaufte Eigenthum wirklich zu verschaffen oder für den Schaden zu caviren, der dem Käufer desshalb erwachsen kann, weil er nicht wirklich Eigenthümer geworden. Anders freilich im römischen Rechte. Der Grund der Verschiedenheit liegt darin, dass das römische Recht den Kaufvertrag als blosses Geschäft des jus gentium nicht unmittelbar auf civiles Eigenthum bezog, sondern vielmehr als eigentliches Object desselben nur die Uebergabe einer Sache, so dass der Erwerber sie

292) St. L. R. Th. VII. §. 23. 24. S. 102. Ges. v. 21. Dec. 1821. R. S. II. S. 337. ff.

behalten kann, mithin ein mehr faktisches Herrschaftsverhaltniss ansah[293]). Die deutschen Rechte dagegen beziehen den Kaufvertrag, wie andere Verträge auf das veräusserte Eigenthum selbst und dies ohne alle Vermittlung. Somit haftet auch der Verkäufer sofort für das fehlende Recht, und nicht erst, wenn dessen Ausübung ihm verhindert wird.

Ist eine Forderung verkauft worden, so haftet auch hier der Verkäufer für deren Wirklichkeit. Ob aber ausserdem für deren Güte, d. h. für die Solvenz des Schuldners? Zunächst nicht, indem der Verkäufer nur das Recht der Forderung veräussert hat, dann aber es dem Schuldner überlassen bleibt, die Forderung geltend zu machen. Und es frägt sich in der That, ob ausser bei Wechselforderungen, bei denen eine eigenthümliche Regresspflicht allgemein anerkannt ist, und auser den Fällen des Dolus, die Nachwährschaftsverpflichtung sich ausnahmweise auch auf die Güte der schuldbrieflichen Forderungen ausdehne[294]). Bei zweifelhafter Praxis scheint diese Frage eher zu verneinen, zumal es gewöhnlich ist, durch freien Vertrag denn allerdings eine solche Ausdehnung festzustellen.

Oder das veräusserte Recht ging wirklich auf den Er-

---

293) L. 25. §. 1. (Ulp.) de contrah. emt.: „Qui *vendidit*, necesse non habet, fundum *emtoris facere*, ut cogitur, qui fundum *stipulanti spopondit.*" L. 11. §. 2. de action. emti (Ulp.): „Et in primis ipsam rem *praestare* venditorem oportet, id est *tradere*: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, (vorausgesetzt freilich im ältern Rechte, dass die Sache eine res nec mancipi war) si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat. — Emtor autem numos venditoris facere cogitur." L. 57. pr. de eviction. (Gajus): „*Habere licere* rem videtur emtori et ei is, qui emtorem in evictione rei vicerit *ante ablatam* vel *abductam rem* sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi; tunc enim *nulla competit ex stipulatu actio* quia *rem habere ei licet.*

294) St. L. R. Th. VII. §§. 18. und 19. S. 100. In einer Rathserk. v. 1624. Oct. 4. U. M. wurde es als gemeines Recht anerkannt, wenn einer einen Schuldbrief veräussere und Nachwährschaft verspreche, so müsse er den allenfalls „fehlbaren Brief" wieder zu sich nehmen und den Käufer für seine Ansprache befriedigen.

werber über, es haften ihm aber einzelne rechtliche Mängel an, welche seinen Werth herabsetzen, und dem Käufer nicht zum Voraus bekannt gemacht worden sind. Z. B. es haften auf dem veräusserten Grundstücke Servituten oder Reallasten oder Pfandrechte, von denen dem Käufer nichts angezeigt worden ist. Hier hat nun wieder der Käufer ein doppeltes Recht, nämlich entweder auf Ersatz des Minderwerthes zu klagen, was er in allen Fällen kann (Minderungsklage) oder auf Aufhebung des Kaufes und Rückgabe des Preises zu dringen, was nur dann zulässig ist, wenn die verschwiegene Beschwerde eine im Verhältniss zu dem Kaufobjecte bedeutende und wesentliche ist (Wandelungsklage)[295]).

§. 49. Miethe und Pacht.

1. Das römische Recht fasst die Sachenmiethe und den Pachtvertrag unter Einem Namen und unter Einer juristischen Theorie zusammen. Die deutsche Sprache unterscheidet die beiden Verhältnisse mit Bestimmtheit und so sind sie denn auch in der juristischen Theorie zu scheiden. Das österreichische Gesetz verbindet beide unter dem höhern Namen und Begriffe des Bestandvertrages mit einander, trennt sie dann aber wieder, indem es den Unterschied zwischen Miethe und Pacht darein setzt, dass die vermiethete Sache sich ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lasse, die verpachtete dagegen nur mit Fleiss und Mühe benutzt werden könne[296]). Ihm folgt zum Theil das Bernercivilgesetz, versucht dann aber zum Voraus die Sachen zu bezeichnen, welche nur vermiethet und die, welche nur verpachtet werden; ein Versuch, der freilich nicht gelingen kann[297]) Das preussische Landrecht findet

295) St. L. R. Th. VII. §. 2. S. 93. Th. VIII §. 10. S. 114. Th. V. §. 16. S. 65. Th. X. § 60. S. 164. Not. Ges. v. 1804. §. 4. M. S. II. J. 203. Mon. Chr. III. S. 217. IV. S. 189.

296) Oestr. Ges. §. 1091. Vergl. Mittermaier D. P. §. 292.

297) Berner Civilges. Satzung 834.

den Gegensatz darin, dass sich die Miethe auf den Gebrauch beschränke, die Pacht sich auch auf die Nutzung beziehe [298]), und kommt schon deshalb allerdings der Wahrheit näher, weil der Unterschied eben nicht schon mit Nothwendigkeit in der äussern Natur der Sachen, sondern vielmehr in der Art der Ueberlassung der Sachen liegt, wenn schon die einen Sachen eher zur Pacht, andere eher zur Miethe sich eignen, ja einzelne Sachen nur für die Miethe passen. So z. B. kann man Pferde vermiethen, man kann aber auch eine Stuterei verpachten. Man wird in der Regel ein Haus vermiethen, man kann aber ein Wirthshaus verpachten. Ein landwirthschaftliches Grundstück wird gewöhnlich verpachtet, es kann aber auch ein Landgut vermiethet werden. Mit der Rücksicht auf Fruchtgenuss steht denn freilich die im österreichischen Gesetze angedeutete Rücksicht auf eine gewisse Thätigkeit des Pächters in Verbindung, indem um dieser Thätigkeit willen der Gebrauch der Sache gewöhnlich zugleich Früchte erzeugt, nämlich Erwerb schafft. So z. B. wird eine Mühle gepachtet, nicht gemiethet, insofern der Beständer die Mühle betreiben will. So sind überhaupt ganze Gewerbe regelmässig Gegenstand der Pacht und nicht der Miethe. Entscheidend ist aber diese letztere Rücksicht für sich allein keineswegs, denn ein Kramladen oder ein Waarenmagazin werden gemiethet, und doch können sie auch nicht ohne Fleiss und Mühe beworben werden. Der Fruchtgenuss knüpft sich aber hier nur sehr mittelbar an die Localität an, und wesentlich an den davon verschiedenen Umsatz der weder gepachteten noch vermietheten Waaren. Der Sprachgebrauch macht hier allerdings sehr feine Unterscheidungen; aber es ist das dem Leben eigenthümlich und es spielen die faktischen Verhältnisse so in einander über, dass auf der Grenze ihre Unterschiede kaum mehr zu erkennen sind.

2. Der Miether einer unbeweglichen Sache, also namentlich einer Wohnung hatte nach älterm Rechte keines-

---

298 Preuss. Landrecht Th. I. Tit 21. §. 258. 259.

wegs bloss eine persönliche Forderung gegen den Vermiether erlangt, auf Ueberlassung der gemietheten Sache, sondern sein Recht musste auch von dem dritten Käufer der vermietheten Sache respektirt werden, wie diess auch im preussischen Landrecht anerkannt ist[299])

Rathserkanntniss v. 1487. Vff hütt haben sich min herren beid Rät erkennt: von den hüser keller vnd sölicher gemachen wegen, so man verlicht, also das mit welichen gedingen ouch was zyts vnd zilen yeman dem anndernn söliche ob gemellte gemach licht, das ouch der so empfacht by sölichen gedingen zilen vnd zit bliben vnd Im die also gelassen werden söllen, vngehindert ob die deren sy sind, söliche gemach verkoufften oder selbs dar In ziechen wöllten, dann es nit des minder by der lichung die zil vnd zit, so einer empfangen hat, an allen abbruch bliben sol[300]).

Dadurch näherte sich nun das Recht des Miethers auf die Wohnung einem dinglichen Rechte, insofern eben der singuläre Rechtsnachfolger des Vermiethers dasselbe ebenso anerkennen musste, wie dieser und seine Erben, oder darf vielleicht geradezu als dingliche Berechtigung aufgefasst werden, insofern ein originärer Erwerb gar nicht möglich war, und jede Rechtsnachfolge sich doch zuletzt auf die Person des Vermiethers als Eigenthümers beziehen musste[301]).

In der neuen Zeit dagegen drang, nicht ohne Einfluss des römischen Rechtes, der Satz: Kauf bricht Miethe, auch in unser Partikularrecht ein, wurde indessen mit Rücksicht auf das ältere Recht in seltsamer Weise modificirt. Wenn nämlich das vermiethete Haus verkauft wird, so erhält der Käufer nicht bloss als Eigenthümer das Recht, den Miether aus der Wohnung zu schicken, sondern das

---

299) Preuss. Landr. Th. I. Tit. 21. §. 358. 350. Vergl. Th. I. Tit. 19. §§. 4—6.

300) Rathsman. v. 1487. II. S. 4.

301) Dagegen Mittermaier D. P. §. 292.

obligatorische Verhältniss zwischen dem Miether und Vermiether selbst wird durch den Kauf aufgelöst. Ebenso wirkt aber auch sonderbar genug der Kauf eines Hauses auf Seite des Miethers, und endlich der Tod des einen oder andern auflösend auf das persönliche Miethverhältniss. Es ist also nicht die Anerkennung der Sätze, dass dem Käufer der vermietheten Wohnung ein dingliches, dem Miether nur ein persönliches Recht zustehe, welche zur Aufnahme jener Regel leitete, sondern man erkannte darin nur die persönliche Wünschbarkeit entweder für den Vermiether oder für den Miether, und dessen Erben aus dem Miethverhältnisse heraus zu treten. Daher wirken denn auch die Gründe der Aufhebung wesentlich obligatorisch, insofern der Miethvertrag nun allerdings als rein obligatorisches Verhältniss aufgefasst wird.

Auf der andern Seite wird aber das Miethverhältniss nicht sofort durch jene äussern Ereignisse zerstört, so dass nun unmittelbar nach Abschluss des Kaufes oder nach dem Tode des einen Theiles der Miether entweder die Wohnung verlassen oder aus ihr vertrieben werden könnte, sondern vielmehr muss auch der neue Eigenthümer ihn noch ein halbes Jahr wenigstens in der Wohnung lassen und der Miether noch wenigstens so lange darin bleiben oder doch den Zins dafür zahlen, in welcher Beschränkung sich denn wieder die mehr dingliche Natur der frühern Miethe darstellt[302]).

3. Die stillschweigende Weitervermiethung wird bei Wohnungen immer auf ein Jahr angenommen, eben weil die Miethe selbst in der Regel auf Jahre hin und gegen jährliche Zinszahlung geschieht. Dieselbe versteht sich so sehr von selbst, dass sie nur durch Kündigung der Miethe je um ein halbes Jahr vor dem betreffenden Ziele ausgeschlossen wird. Die üblichen Ziele sind Ostern

---

302) St. L. R. Th. VI. §. 1—3 S. 81. 82. Th. VII. §. 17. S. 99. Leu III. S. 651. Monatschron. II. S. 1. ff.

(Ostermontag) und Kirchweih (11. September als der Tag der Stadtheiligen Felix und Regula)[303]).

4) Der Miether ist zur Aftermiethe berechtigt, in der Meinung, dass nicht entweder im Vertrage diese Veräusserung seines Rechtes ihm untersagt worden, oder aus der Natur des concreten Falles sich eine besondere Rücksicht gerade auf die Persönlichkeit des Miethers ergibt, oder endlich die vermiethete Sache durch Aftermiethe in eine schlechtere Lage käme. Diese letztern Rüchsichten nämlich sind im Sinne der Aequitas nach vernünftigem Ermessen zu beachten, dann aber der Miether nicht zu hindern, wenn keine besondern Gründe entgegen stehen, die Sache auch insofern zu gebrauchen, als er den Gebrauch einem andern überlässt. Obligatorisch sind denn freilich zunächst nur Vermiether und Miether unter sich und der Miether als Aftervermiether mit dem Aftermiether hinwieder verbunden. Je mehr indessen das Princip der freien Stellvertretung und der Zulässigkeit eines freien Verkehrs auch mit Forderungen in dem neuern Rechte zu Einfluss und Herrschaft gelangt ist, desto weniger kann man Bedenken haben, dem Vermiether auch die Klage gegen den Aftermiether zu verstatten, insofern dieser etwa die Sache schlecht besorgt, oder Gefahr für die Bezahlung des Zinses durch den Miether vorhanden ist.

5. Die Rechte des Pächters sind ausgedehnter als die des Miethers, indem das Recht des Fruchtgenusses noch hinzukommt. Ein dingliches Recht erhält aber nach der neuern Ansicht von der Zeitpacht doch nicht, sondern

---

303) Ueber den Tag der Kirchweih hört man etwa Zweifel laut werden. Aber der Tag der Constanzerkirchweih (9. Sept.) kann nicht in Berücksichtigung fallen, weil es sich nicht um die Kirchweih einer fremden — wenn schon der bischöflichen — Stadt handeln kann, die züricherische Kirchweih aber — die Fraumünsterkirche wurde den 11. Sept. 879. geweiht — eben auf den 11. Sept. fällt. Der auf den 11. Sept. folgende Sonntag kann aber eben so wenig gelten, da dieser Tag erst später eine Bedeutung erhielt und zwar nicht um des Verkehrs willen, sondern nur um der Feste und Lustbarkeiten willen.

kann von dem neuen Erwerber des Gutes vertrieben werden, jedoch wieder nur so, dass ihm derselbe eine halbe Jahresfrist für den Wegzug verstatten muss[304]. Es unterscheidet sich aber hierin die Pacht sehr von der Miethe, dass jene durch blossen Kauf oder Verkauf oder Tod nicht aufgehoben wird, sondern der Pachtvertrag selbst trotz jener Ereignisse fortdauernd gültig bleibt. Wenn daher schon der Pächter ein eigenes Gut kauft, so kann er darum doch nicht während der Pachtzeit aus dem Pachtverhältnisse heraus treten; und wenn der Verpächter das verpachtete Gut verkauft, so kann der neue Eigenthümer als solcher zwar den Pächter entfernen, aber der Verpächter haftet diesem für vollen Ersatz alles Schadens, der daraus entsteht, dass der Pächter nicht die ganze versprochene Pachtzeit hindurch auf dem Gute bleiben kann.

Die Pachtverträge sind in der Regel von tief in die Oekonomie der beiden Theile, besonders aber des Pächters, eingreifender Wichtigkeit. Um so weniger darf man geneigt sein, einen solchen Vertrag durch blosse äussere Ereignisse durch Rücksicht auf blosse Convenienz des einen oder andern Contrahenten ohne Noth von Rechtes wegen aufzuheben. Und so rechtfertigt sich der Unterschied von der Miethe auch von diesem Gesichtspunkte aus genügend.

6. Eine Afterpacht ist ebenfalls nach Umständen zuzulassen, unter ähnlichen Beschränkungen wie die Aftermiethe.

7. Den ausgedehntern Rechten entsprechen denn ausgedehntere Verpflichtungen. Insbesondere ist der Pächter schuldig, die gepachtete Sache gehörig zu bewirthschaften, wie es einem guten Hausvater ziemt und mit Berücksichtigung der Natur und der dauernden Bestimmung der gepachteten Sache. So darf er z. B. den Wald nur im Geiste einer guten Forstwirthschaft benutzen. An die Stelle abgestorbener Obstbäume hat er andere zu pflanzen, Graben und Hecken zu unterhalten u. s. f.

---

304) St. L. R. Th. VII. §. 17. S. 99.

§. 50. Leibdingsvertrag. (Leibzucht.)

1. Der Ausdruck Leibding ist sehr vieldeutig. Im ältern Rechte kam er vornämlich zur Bezeichnung des Niessbrauchs vor, oft auch mit besonderer Beziehung auf den Niessbrauch des überlebenden Ehegatten. In einem weitern Sinne kann aber jedes Gedinge (Vertrag), welches sich auf den Leib, d. h. das Leben bezieht, Leibgedinge, Leibding genannt werden. Wenn wir hier von Leibding reden, so haben wir den Vertrag vor Augen, welcher anderswo häufiger unter den Namen Leibzucht oder Verpfründung vorkommt.

Es ist nicht ohne Schwierigkeit, den Begriff des Leibdingvertrages in diesem Sinn zu bestimmen und nach Aussen hin abzugränzen, aber um so nothwendiger, als die Gültigkeit desselben an eine bestimmte Form, nämlich die Form gerichtlicher Genehmigung gebunden ist. Da zunächst die juristischen Begriffe von einzelnen Rechtsgeschäften sich aus der Beobachtung und bewusster Durchdringung der wirklich im Leben sich zeigenden Geschäfte und ihrer Unterschiede sich bilden müssen, und nicht von oben her durch blosse logische Theilungen abstrakter Gedanken gewonnen werden können, so müssen wir auch hier zunächst vom Leben ausgehen und auf den hier sich äussernden Sprachgebrauch merken. Da werden wir denn sogleich gewahr, dass, was in der Theorie etwa zusammen gefasst wurde, Leibding und Leibrente, im Leben sich scharf und entschieden trennt. Niemand wird im Verkehre die beiden Ausdrücke verwechseln, und weder die Leibrente je Leibding nennen, noch umgekehrt. Dieser Takt der Sprache, der fast immer das rechte trifft, weist somit auf einen Unterschied hin, welcher in der Theorie anzuerkennen ist und fast allgemein denn auch wirklich anerkannt wird. Gemeinsam ist offenbar beiden Verträgen; *a)* dass sie gegenseitige sind; *b)* dass der eine auf den andern Vermögensrechte überträgt; *c)* dass hinwieder

dieser jenem dafür gewisse Leistungen verspricht auf Lebenszeit. Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass die Leibrente als Leistung ein Capital in Geld, oder — was gleichbedeutend ist — eine zu Geld geschätzte Sache voraussetzt, welcher als Gegenleistung wieder eine Dividende in Geld entspricht, die mit jenem Capital in einem bestimmten Verhältnisse steht. Durch diese Beziehuug auf fixe Geldverhältnisse, welche der Leibrente wesentlich ist, unterscheidet sie sich denn auch vollständig von dem Leibdinge, das sich überall nicht oder doch nur in ganz untergeordneter Weise in Leistung oder Gegenleistung auf Geld bezieht.

Dagegen ist für den Leibdingsvertrag wesentlich eine Beziehung der Gegenleistung des Leibdinggebers auf unmittelbaren Lebensunterhalt und Pflege, wodurch dieser Vertrag höchst persönlich und individuel wird. Es unterscheidet sich somit die Leibrente von dem Leibdinge noch viel mehr als der Tausch von dem Kauf.

Der eigentliche Gehalt und Charakter des Leibdingvertrages ergibt sich im positiven Sinne am besten aus seiner Geschichte. Diese schliesst sich nämlich in der ersten Zeit an die Uebertragung von Grundstücken an, woran sich der frühere Eigenthümer dann den Niessbrauch auf Lebenszeit (Leibding im einen Sinne) oder doch das Wohnrecht auf dem übertragenen Gute und Verpflegung (Leibding im zweiten Sinne) vorbehielt[305]. Dergleichen Verträge hatten nun meistentheils grossen Einfluss auf die Erbfolge in die Liegenschaften, indem diese der gesetzlichen Erbfolge auf solche Weise entzogen werden konnten[306]. Es lag in der Uebernahme des Gutes und der Verpflegung des Leibdingnehmers durch den Leibdinggeber gewöhnlich eine anticipirte Beerbung. Und so kann es denn nicht auffallen,

---

305) Ch. L. Runde Rechtslehre v. der Leibzucht oder dem Altentheile. Oldenburg 1801. §. 3.

306) Vergl. oben Buch III. §. 28. S. 474.

dass dergleichen Verträge, wie in der Folge die Gemächde, gerichtlicher Genehmigung bedurften.

Diesen Zusammenhang des Leibdingvertrages mit letztwilligen Verordnungen und die Beziehung desselben auf persönlichen Lebensunterhalt des Leibdingnehmers finden wir auch in unsern Rechtsquellen vielfach angedeutet:

> Rathserkanntniss im Gerichtsbuch von 1553: Als kurtzlich an der Statt frigen Gericht alhie ein verpfründ- vnnd gemechtsbrief vfgericht, vnnd durch den Schultheissen besiglet worden, Das aber vor einem Ersammen Rath beschechen syn sölte, Ist derselbig brief für vnordentlich vfgericht geachtet vnnd daruf angesechen, Das ein Stattgericht sich hinfüro solliches gewalts nit meer gebruchen, Sonder es genntzlich by altem barkommen blyben, also, wellich personnen sich verpfründen oder verlybdingen ald sonnst gemecht thuon wellen, die söllennt sölliches für einen Burgermeister vnnd Rath kommen lassen u. s. f.

Ferner wurde im Jahr 1609. es als geltendes Recht von dem Rathe anerkannt[307]), dass man sich um sein errungenes Gut wohl verleibdingen dürfe, d. h. ohne Widersprache der Erben, wie auch sonst die letztwillige Verfügung über die Errungenschaft frei stand.

Das Rheinauererbrecht von 1787. Art. 15. (Pest. I. 5.) bezeichnet das Leibding so:

> Wenn sich ledige Leuthe mit überlassung ihres ganzen Vermögens verpfründen wollten, solle die diesfallige genehmigung von dem Obrigkeitlichen Gutheissen abhangen; widrigenfalls ein solcher Kontrakt Null und nichtig seyn.

Und selbst in dem neuesten Gesetze über das Leibding vom 22. Mai 1812[308]) werden die Ausdrücke Verleibdingung, Verpfründung, sich verleibdingen, Kostgeber gebraucht, welche alle auf den höchst persönlichen Charakter des Leibdings hinweisen, und die Beziehung derselben auf Lebensunterhalt andeuten.

---

307) Unt. Man. v. 26. Juni 1609.
308) M. S. V. 221. ff.

In vielen Gegenden Deutschlands hat mit Rücksicht auf die gutsherrlichen Verhaltnisse, in welchen die Bauern verblieben, die Leibzucht eine von der unsrigen verschiedene Ausbildung erlangt. Durch den frühen Untergang der gutsherrlichen Rechte nämlich in unsern Gegenden und die Freiwerdung der einzelnen von Bauern besessenen Grundstücke wurde es bewirkt, dass das Leibding gänzlich auf dem freien Willen des bisherigen Eigenthümers des Gutes und dem freien Vertrage desselben mit dem Leibdinggeber beruht, im Gegensatz von irgend einer juristischen Nöthigung zur Verleibdingung.

Von da aus entwickelte sich denn der Vertrag auch nach andern Seiten hin freier. Er ist nämlich nicht auf bäuerliche Verhältnisse beschränkt, sondern kann auch unter Städtern füglich vorkommen; ja es ist auch nicht nöthig, dass das zu übergebende Gut gerade ein Grundstück sei; wenn schon allerdings in weit den meisten Fällen des Lebens sich die Verleibdingung noch immer an die Uebergabe eines solchen knüpfen und sich innerhalb der bäuerlichen Verhältnisse bewegen wird. Es können mithin auch bewegliche Sachen als Leibdingcapital übergeben werden.

Nach allem diesem ist der Leibdingsvertrag, wie er in unserm Rechte eine besondere Form der Eingehung nöthig macht, so zu definiren: Der Leibdingnehmer verpflichtet sich, dem Leibdinggeber sein Vermögen, oder einen Theil seines Vermögens oder einzelne Vermögensrechte zu übertragen, wogegen sich hinwieder der Leibdinggeber verpflichtet, dem Leibdingnehmer fortdauernde auf dessen Lebensunterhalt bezügliche Leistungen so lange dieser lebt oder sonst auf unbestimmte Zeitdauer, zu thun [309]).

2. Der Vertrag ist wesentlich zweiseitig. Der Leibdingnehmer vorerst ist schuldig, das Leibdingscapital zu übergeben. Worin dasselbe bestehe, ist gleichgültig; in der Regel freilich wird ein Grundstück und zwar das bisher von dem Leibdingnehmer beworbene Grundstück

309) Vergl. Mon. Chron. I. 36. u. 435. VI. 230.

gegeben werden. Soll ein ganzes Vermögen oder eine Quote desselben übertragen werden, so begründet diess auf Seite des Empfängers keine Universal- sondern eine blosse Singularsuccession und es sind somit die einzelnen darin enthaltenen Bestandtheile besonders zu übertragen.

3. Der Leibdinggeber sodann ist zu Leistungen verpflichtet, welche auf den Lebensunterhalt des Verleibdingten Bezug haben. Sie können somit sehr verschiedener Art sein. Vorzüglich gehören aber hieher Recht auf Wohnung und Nahrung, Kleidung und Pflege in Krankheitsfällen. Geldleistungen können auch vorkommen aber nur in untergeordneter Weise als Nebenleistung. Läge in ihnen die Hauptverpflichtung, so würde dadurch der Kreis des Leibdings überschritten und der Vertrag wäre als Leibrente oder doch analog dieser letztern zu behandeln. Zweifeln mag man, ob es noch Leibding sei, wenn sich der Verkäufer eines Hauses das Recht vorbehält, in einem Gemache oder Zimmer dieses Hauses so lange er noch lebe, zu wohnen. Kommt indessen keine andere noch persönlichere Rücksicht auf Lebensunterhalt hinzu, so darf man diesen Vertrag eher aus dem Gebiete des Leibdinges verweisen, weil das blosse Wohnrecht allein ganz fixirt ist und sich nicht nach individuellen Rücksichten ausdehnt oder zusammen zieht, mithin die Uebertragung eines solchen Rechtes, wie wir bei der Miethe gesehen haben, auch keine besondere Schwierigkeit hat.

Eben diese Rücksicht auf die Person des Leibdingnehmers hat denn zur Folge, dass die Leistungen je nach Stand, Alter, Gesundheit und übrigen Lebensverhältnissen desselben gemessen werden müssen, insoweit sie nicht schon in dem Vertrage selbst näher bestimmt sind, und dass sie somit auch leicht je nach Umständen sich vermehren oder vermindern können, demnach eine gewisse Elasticität haben.

4. Damit steht es in Verbindung, dass der Vertrag auf beiden Seiten ein höchst persönlicher ist. Gewöhnliche Forderungen und Schulden sind im Geiste des neuern

Rechtes leicht übertragbar und besonders die Forderungen der freien Veräusserung fähig. So kann denn auch die Forderung auf eine Leibrente ohne Schwierigkeit übertragen werden, während die Forderung auf Leibdingsleistungen der Natur dieses Vertrages gemäss immer nur dem Leibdingnehmer zusteht. Eben so wenig kann der Leibdinggeber einen andern Schuldner an seine Stelle setzen, während für den Leibrentenschuldner jeder Dritte beliebig die Schuld abtragen kann. Es ist weder für den Leibdingnehmer gleichgültig, wer ihm seinen Lebensunterhalt reiche, für seine täglichen Bedürfnisse sorge, ihn pflege u. s. f., noch für den Leibdinggeber, wem er diese Leistungen zukommen lasse und für wen er zu sorgen habe. Die objective Unbestimmtheit der Leistungen wird subjectiv näher begränzt auf der einen Seite durch die Persönlichkeit des Leibdingnehmers, auf der andern Seite aber auch durch die Verhältnisse des Leibdinggebers und seine Weise zu leben: wie denn auch Leibdingsverträge meistens zwischen Eltern und Kindern oder sonst nahe stehenden Personen geschlossen werden, immer aber mit besonderer Rücksicht auf die Persönlichkeit beider.

Es ist daher charakteritisch für unsern Vertrag, dass hier im Interesse des einzelnen Falles dem Richter ein weites Ermessen und freie Berücksichtigung der Billigkeit zugestanden werden muss.

Ist die Naturalleistung unmöglich geworden, dann allerdings kann auch eine Ersatzforderung in Geld nach billiger Schatzung eintreten. Es darf diese aber als dem Wesen des Vertrages zuwider laufend nur im äussersten Falle wahrer Unmöglichkeit zugelassen werden.

5. Der gewöhnliche Fall ist der, dass der Leibdingnehmer sein bisheriges Gut dem Leibdinggeber zu Eigenthum überträgt, und sich dann bei ihm auf Lebenszeit Sitz im Hause und am Tische vorbehält. Da frägt es sich: kann der Leibdinggeber das Gut an einen Dritten verkaufen? Als Eigenthümer ist er zunächst nicht verhindert, sein Eigenthum zu übertragen, an wen er will. Persön-

lich aber wird er dem Leibdingnehmer verpflichtet sein, diesen in dem Gute zu belassen, auf dem derselbe gewöhnlich alt geworden ist, er wird diese Verpflichtung haben, insofern die Meinung des Vertrages auf die bestimmte Wohnung gerichtet war, sei diess nun mit Worten gesagt oder ergebe es sich sonst aus den Verhältnissen. Diese persönliche Verpflichtung wird aber zugleich in der Regel eine dingliche Bedeutung erlangt haben, indem die Leibdingsleistungen ordentlicher Weise auf dem als Leibdingscapital hingegebenen Gute versichert werden. Daher wird es gewöhnlich dem Leibdinggeber schwer fallen, das Gut zu veräussern, welches so sehr belastet ist. Möglich ist aber doch auch in diesem Falle die Veräusserung des Gutes und an sich liegt nicht einmal eine Verletzung des Leibdingsvertrages in derselben. Gesetzt nämlich der Verkäufer behält sich dabei vor, in dem Hause so lange mit seiner Familie und dem Leibdingnehmer wohnen zu dürfen, als dieser lebe, und lasse sich dafür gehörige Sicherheit geben, so ist es für diesen gleichgültig, ob der Leibdinggeber oder ein Dritter Eigenthümer des Gutes sei. Wird dagegen durch die Veränderung der Inhalt des Leibdingsvertrages unmöglich gemacht, dann entsteht jedenfalls eine persönliche Klage des Leibdingnehmers und so weit sein dingliches Recht der Versicherung reicht, auch eine dingliche gegen den neuen Eigenthümer. Mit dieser dinglichen Klage mag denn jener nicht blos für sich selbst, sondern auch für den Leibdinggeber das Recht ansprechen, in dem Hause belassen zu werden; denn er hat ein Recht darauf, nicht allein, dass er gerade in diesem Hause wohnen dürfe, sondern zugleich, dass er in diesem Hause von dem Leibdinggeber und nicht einem Fremden verpflegt werde.

6. Schwieriger noch können diese Verhältnisse werden in dem Concurse des Leibdinggebers. Gelangt der Leibdingnehmer in Folge seiner Versicherung der Leibdingsforderung zum Zuge, so wird er nunmehr selbst wieder Eigenthümer des früher zu Leibding gegebenen Gutes, oder er erwirbt doch ein neues, ihm verpfändet gewesenes Gut.

Und da der Leibdinggeber insolvent geworden ist, mithin nicht zu erwarten ist, dass er im Stande sein werde, die Leibdingsleistungen zu erfüllen, so steht es dem Leibdingnehmer frei, entweder für sich selbst wieder ein eigenes Hauswesen zu führen oder sich aufs neue zu verleibdingen.

Kommt ein nachstehender Gläubiger zum Zuge, so muss er das bessere Recht des Leibdingnehmers anerkennen, mithin diesem verstatten, wenn er will, in der Wohnung zu bleiben und sich von dem Leibdinggeber darin verpflegen zu lassen. Da indessen auch hier durch den Concurs die Unfähigkeit des letztern, seine Verpflichtungen zu erfüllen, heraus gestellt ist, so braucht sich der Leibdingnehmer damit nicht zu begnügen, sondern kann nun fordern, dass ihm der Schaden, welcher aus Nichterfüllung des Leibdingsvertrages erwachse, ersetzt, und somit weil er für die Leibdingsleistungen in dem Gute Sicherheit findet, diese Ersatzsumme als Schuld von dem hinterherigen zum Zuge gelangten Gläubiger übernommen werde [307]).

7. Der Leibdingnehmer wird in Folge des Leibdinges zum Familiengliede des Leibdinggebers. Wie gewöhnlich dieser früher als Sohn des erstern in seiner Haushaltung gewesen war, so kommt denn der bejahrte Vater wieder in die Haushaltung des Sohnes und in ein kindesähnliches Verhältniss. Es hatte diese Veränderung und gewisser Massen Umkehrung der frühern Stellung in älterer Zeit auch namhafte politische Wirkungen. Da nämlich früher die Berechtigung, in der Gemeinde zu stimmen, fast überall entweder eigenen Grundbesitz voraussetzte oder doch wenigstens ein eigenes Hauswesen, indem nur die Haus- und Familienväter die Genossenschaft bildeten, so musste gewöhnlich in Folge der Verleibdingung der frühere Hausvater sein Stimmrecht verlieren und dagegen der vorher nicht stimmberechtigte Sohn als nun-

307) Diese Verhältnisse gestalten sich freilich anders, wo die Leibzucht im Zusammenhang mit Colonat als ein schon an sich dingliches Recht aufzufassen ist. Vergl. darüber Runde a. a. O. §. 49.

mehriger Vorsteher des Hauses die Stimme erhalten. Aehnlich verhielt es sich mit den Rechten an dem gemeinen Wald und der gemeinen Weide. Politische Veränderungen können längst schon eingeführt sein, und es wird doch in einzelnen Anwendungen noch das alte aufgehobene Recht sich in dem Bewusstsein erhalten und dem neuen, auch wo es sollte, nicht Platz machen. So kommt es, dass noch in manchen Gemeinden es für geltendes Recht gehalten wird, dass ein Leibdinger nicht in der Versammlung stimmen dürfe und es haben sogar die neuesten Gerichte solchen Irrthum gutgeheissen, ungeachtet seit der Revolution von 1798 diese politischen Verhältnisse eine ganz andere Basis erlangt haben [308]).

8. Der Leibdingsvertrag bedarf nunmehr zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen Bestätigung [309]). Ohne diese ist er ungültig. Das Gericht genehmigt denselben aber nur nach vorheriger Prüfung des Falles (causae cognitio). Dabei hat das Gericht namentlich darauf zu achten, ob der Vertrag aus wahrhaft freiem Willen der Contrahenten und namentlich des Leibdingnehmers hervorgegangen sei, wesshalb denn auch die Contrahenten persönlich vor Gericht erscheinen müssen, ferner ob der Vertrag den Verhaltnissen gemäss sei, ob der Leibdingnehmer gehörig verpflichtet sei für die Erfüllung der Leibdingsleistungen, endlich und hauptsächlich ob die nächsten Erben des Leibdingnehmers nicht in ihren Erbrechten verletzt werden. Daher ist vorher die Zustimmung dieser Erben einzuholen. Verweigern sie dieselbe, so sind sie vor Gericht zu laden und beharren sie auch da fortwährend auf der Weigerung, so kann denn allerdings der Streit nur auf dem gewohnten Wege des Processes erledigt werden [310]).

Diese Zustimmung der Erben kann nun freilich nicht unbedingt sondern nur dannzumal mit Recht verweigert

308) Vergl. Mon Chron. IX. §. 42. ff.
309) Vergl. oben S. 285.
310) Gesetz v. 22. Mai 1812.

werden, wenn wirklich in dem Leibdingsvertrage eine widerrechtliche Umgehung der Erbgesetze liegt, er sich mithin nicht rechtfertigt aus den persönlichen Verhältnissen des Leibdingnehmers und der Sorge für diesen.

Ausgenommen von dieser Form sind Verpfründungen in öffentlichen Staats- und Gemeindeanstalten, welche ohnehin als öffentliche Anstalten genügende Garantie geben, einmal, dass der Leibdingnehmer durch den Verpfründungsvertrag nicht übervortheilt, dann auch, dass der Vertrag nicht abgeschlossen werde, in der Absicht, den natürlichen Erben die Erbschaft zu entziehen.

9. Diese nothwendige Form des Leibdingsvertrages dehnt sich aber denn nicht über die Sphäre desselben aus, und namentlich nicht etwa auf die Leibrente. Wie sehr verschieden seiner Geschichte, seinem Begriffe und seinem Erfolge nach der Leibdingsvertrag von der Leibrente sei, wird sich nun zur Genüge ergeben haben. Daher darf man unmöglich diese mit jenem analog behandeln. Der Leibrentenvertrag ist bekanntlich erst in der neuesten Zeit in Folge der Verfeinerung aller Geldverhältnisse entstanden und setzt da gewöhnlich ganze Gesellschaften voraus, welche entweder gegenseitig sich selber oder andern auf Lebenszeit Dividenden eines eingeschossenen Capitals garantiren, zugleich denn aber auch von Anfang die Formen festsetzen, unter denen sie diese Leistung versprechen. Hier bedurfte es einer gerichtlichen Genehmigung durchaus nicht, und es fiel auch bei uns den Tausenden, welche Leibrentenverträge abgeschlossen haben, nie ein, vorerst wie Leibdinger die Zustimmung der Erben zu begehren und sich an das Gericht zu wenden. Dergleichen Verträge haben gewöhnlich auch für das ganze Vermögen eine nur untergeordnete Bedeutung und kommen somit nur selten in eine feindliche Stellung gegen die Erbgesetze. Möglich ist es allerdings, dass auch dieser Vertrag missbraucht werde, den Erben die Verlassenschaft zu entziehen. Es ist diess gerade so möglich, wie bei vielen andern Rechtsgeschäften, z. B. bei Schenkungen. Kann diese Tendenz

nachgewiesen werden und ist der Vertrag wirklich den Erben gegenüber ein pflichtwidriger, dann kann er von diesen angefochten werden, wie jeder andere Vertrag, der den nämlichen Mangel hat. Das Alles sind aber durchaus nicht genügende Gründe, um den Vertrag selbst von vorneherein an eine erschwerende Form zu binden.

§. 51. Charakter des Erbrechtes.

Das Zürcherische Erbrecht behielt seinen eigenthümlichen Charakter fortwährend bei, und bildete denselben weiter aus. Zwar ist auch hier wieder ein theilweiser Einfluss des römischen Rechtes nicht zu läugnen, aber es ist derselbe doch nur von untergeordneter Bedeutung geblieben.

Als entschiedene Regel ist es nunmehr allerdings zu betrachten, dass in der Erbfolge eine Universal-Succession liege, und der Erbe die Stelle des Erblassers zu vertreten, mithin auch für dessen Schulden einzustehen habe. Die Verlassenschaft wird somit als ein zusammengehöriges Ganzes aufgefasst, welches durch den Tod des Erblassers in dieser Ganzheit dem Erben zufällt. So durchgebildet wie im römischen Rechte aber ist diese Ansicht durchaus nicht, sondern in mancher Hinsicht hat sich das ältere deutsche Recht auch hier erhalten.

Das römische Recht nämlich lässt innerhalb der die Verlassenschaft bildenden Rechte keine weitern Unterscheidungen zu, wodurch der eine Bestandtheil diesen der andere jenen Erben vorzugsweise zugewiesen würde. Unser Recht dagegen nimmt nicht allein bei der statutarischen Portion, sondern auch bei der eigentlichen Erbfolge noch oft auf diese Unterschiede in den Bestandtheilen Rücksicht, und gibt z. B. andere Erbrechte in die Liegenschaften und andere in die Fahrhabe.

Ferner beruht alle Singular-Succession in einzelne Stücke der Erbschaft nach römischem Rechte auf einer vorhergehenden Universal-Succession. Diese ist so wesentlich als nothwendig, jene nie wesentlich und immer

zufällig. Daher beruhte von älterer Zeit her die Wirksamkeit der Legate einzig auf einer wirksamen Erbeinsetzung, und im spätern römischen Rechte lässt sich doch kein Vermächtniss denken, wenn sich kein Erbe findet, der onerirt wäre. Nach unserem Rechte aber ist es möglich, dass gar keine Universal-, sondern lauter Singular-Successionen vorkommen. Wenn z. B. A. in seinem Testamente keinen Erben einsetzt, wohl aber eine Anzahl von Vermächtnissen bestimmt, welche die ganze Verlassenschaft erschöpfen, Intestat-Erben keine vorhanden sind, oder um dieser Vermächtnisse willen die Erbschaft ausschlagen, die sonst vollkommen solvent wäre: so können dennoch die Legatare ihre Rechte auf die Verlassenschaft geltend machen und ihre Vermächtnisse beziehen. Die Erbschafts-Gläubiger freilich, in so fern sich solche finden, können zur Sicherheit ihrer Forderungen verlangen, dass die Masse gerichtlich liquidirt und nur der Ueberrest den Legataren übergeben werde; denn diese sind als blosse Singular-Succession nicht ihre Schuldner, wohl aber die Verlassenschaft, aus welcher subsidiär auch die Legatare ihren Antheil zu beziehen haben. Den Legataren steht es aber selbst in diesem Falle immer frei, von sich aus die sämmtlichen Creditoren zu befriedigen, und dann auch ohne gerichtliche Liquidation unter sich die Erbschaft zu vertheilen.

Dem Charakter des deutschen Rechtes gemäss ist die gesetzliche Erbfolge noch immer die regelmässige. Eine Erbfolge, welche auf den Willen des Erblassers für sich oder in Verbindung mit dem Willen des vertragsmässigen Erben somit auf Testament (Gemächde) oder Erbvertrag beruht, ist verhältnissmässig selten und lediglich als Ausnahme von der Regel anzusehen. Denn wenn gleich Testamente nicht selten sind, so verändern sie doch gewöhnlich nichts Wesentliches an der gesetzlichen Erbfolge und setzen diese als sich von selbst verstehend voraus.

Eine eigenthümliche Erbfolge gegen das Testament gibt es um so weniger, als selbst die Erbfolge nach Testament und Erbvertrag keineswegs in so entschiedenen Gegensatz

zu der gesetzlichen Erbfolge tritt, wie nach dem römischen Principe: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Vielmehr hindert nichts, dass alle drei Erbfolgearten gleichzeitig neben einander zur Anwendung kommen, die Intestat-Erbfolge als Grundlage der Beerbung, das Testament und der Erbvertrag als einzelne Abänderungen anordnend.

§. 52. Gesetzliche Erbfolge.
A. Die Nachkommen.

1. Voran gelangen die ehelichen Kinder und Enkel zur Succession. In dieser Periode ging nun aber ganz allgemein die Veränderung vor sich, dass die Enkel nicht mehr unbedingt ausgeschlosen wurden, wenn Kinder vorhanden waren, sondern an die Stelle ihres vorverstorbenen Vaters oder ihrer Mutter traten. In dem Zürcherischen Stadtrechte wurde dieses Eintrittsrecht der Enkel zuerst im Jahre 1581 anerkannt, mit Rücksicht auf die damals schon übliche Sitte, durch Erb- oder Heirathsverträge auch den Enkeln ein Erbrecht zuzusichern. Auf der Landschaft wurde es zu verschiedenen Zeiten eingeführt, zuerst wohl in der Grafschaft Kyburg und in der Herrschaft Regensberg für Enkel von unausgerichteten Kindern[311]. In dem Freien-Amte wurde es im Jahre 1550, in der Herrschaft Wädenschwyl im Jahre 1555, in Andelfingen im Jahre 1560, in Uhwiesen 1603, in der Stadt Winterthur 1630, in der Herrschaft Weiningen erst 1637 gestattet.

Bei einem blossen Eintrittsrechte der Enkel und Urenkel blieb man aber nicht stehen, sondern führte in der Folge geradezu Stammtheilung ein in der ganzen Erbfolge der Nachkommen also auch dann, wenn nur Enkel vorhan-

311) Ob. Buch. III. §. 27. S. 462. Grafschaftsrecht von 1578. Art. 49. Herrschaftsrecht von Wülflingen von 1585. Art. 47. (Pest. II. S. 42.) Herrschaftsrecht von Regensberg von 1538. Art. 101. (Pest. I. S. 210.)

den waren und keine Kinder mit ihnen concurirten[312]). Auch diese Modification des ältern Rechtes zeigte sich früher auf der Landschaft als in der Stadt Zürich[313]).

2. Ein Ausschluss der Töchter durch die Söhne fand nun schon längst nicht mehr Statt. Wohl aber erhielten sich gewisse Unterschiede und wurden noch näher bestimmt, theils mit Bezug auf die Art der Sachen, welche eher den Söhnen oder den Töchtern zufallen, theils mit Bezug auf die Grösse der Erbquoten.

In das Grafschaftsrecht von Kyburg von 1578 ist ein Rathsbeschluss von 1558 aufgenommen, der auch in das Herrschaftsrecht von Wülflingen von 1585 (Art. 48) überging, wornach die Söhne jederzeit ein Vorrecht haben auf die Liegenschaften, rühren diese von dem Vater oder der Mutter her. Werden sie bei der Theilung mit ihren Schwestern nicht einig, so tritt billiges Ermessen des Richters ein, in folgender Weise: Sie sollen

> Das ererbt guott, ligendts vnnd varendts, schulden vnd widerschulden eigentlich besichtigen vnd erduren, vnd nach erwegung mass vnd unmass über den vorteil, so den sönen nach der Grafschaft recht voruss gebürt, ein herr zuo kyburg vnd die Richter in der gütigkeitt oder mit recht erkennen, wie die sön die töchteren nach billigkeitt des guots mit geltt oder gülten abfertigen, vnd dargägen den sönen die güter vnd gewerb blyben söllen. [Vergl. Ossingen II. 16.]

Auffallend ist die Bestimmung des Regensberger Amtsrechtes von 1538. Art. 100. (Pest. I. S. 209.)

> Wenn aber eyn vatter by synen kynnden mit tod abgiennge, vnnd keyns ussgericht hette, Söllennd die döchteren nit eerben inn den Eerbgüteren, Sunder für

312) Herrschaftsrecht von Knonau. Anhg. (Pest. I. 253.) Von Andelfingen. Anhg. (Pest. II. S. 73.) Von Uhwiesen. Art. 3—5. (Pest. I. S. 143.) Stadtr. von Winterthur von 1630. Art. 7. (Pest. I. S. 137.) R. v. Weiningen. Anhg. (Pest. I. S. 122.)

313) Vergl. Amtsrecht von Uhwiesen von 1603. Art. 3—5. Stadtrecht von Kaiserstuhl von 1680. Art. 2. Stadterbrecht von 1716. Th. II. §. XI. S. 37. Mon. Chron. IV. S. 7.

iren teyl gelt nemmen. Nach biderberlüthen erkannthnuss, Aber inn eygnen gütteren vnnd kernnen gelt söllend Sun vnnd döchterenn glych Eerben.

Ich glaube, der Gegensatz zwischen Erb- und eigenen Gütern ist nicht der zwischen ererbten und errungenen Gütern, sondern vielmehr der zwischen Erbe (nach Hofrecht) und Eigen (nach Landrecht)[314], und mag darin seine Erklärung finden, dass die Töchter im Hofrecht und im Lehenrecht später erst gleiche Ansprüche auf die Liegenschaften erlangten, als im Landrecht[315]).

Anderswo stellt sich der Vorzug der Söhne nur in der väterlichen Verlassenschaft heraus. Dahin gehört das Recht von Andelfingen von 1534. Art. 56. (Pest. II. S. 70.) Das Grüninger Amtsrecht von 1668. Art. 11. (Pest. I. S. 66.) verordnet Theilung der liegenden Güter zu zwei Theilen für den Sohn und einem Theil für die Tochter, wobei jener wieder das Vorrecht hat.

In dieser Richtung hat sich denn auch für die Landschaft in neuerer Zeit ein gemeines Recht der Theilung durch die Sitte ausgebildet, welches von der Theilungsweise in der Stadt abweicht. Die Verlassenschaft der Mutter wird nämlich im Wesentlichen zu gleichen Theilen unter alle Kinder vertheilt. Die väterliche Verlassenschaft aber, Liegendes und Fahrendes, wird so vertheilt, dass jeder Sohn immer zwei Theile, jede Tochter nur einen Theil erhält, und die Söhne berechtigt sind, die Liegenschaften sammt der dazu gehörigen Fahrniss vorzugsweise an ihren Theilen sich zuschreiben zu lassen. Dabei pflegt man überdem die Grundstücke in einem billigen und keineswegs dem höchsten Verkaufspreise anzusetzen; ein Verfahren, das an sich nicht ungerecht ist, wenn es schon etwa missbraucht wird, um die Töchter fast leer ausgehen zu lassen. Auch so noch werden indessen die Güter nur zu sehr versplittert, indem die Söhne

---

314) Vergl. oben Buch II. §. 18. S. 265.

315) Oben Buch II. §. 34. S. 298.

unter sich völlig gleichberechtigt sind, in der Regel daher von jedem Naturaltheilung verlangt werden kann.

Ausführliche Bestimmungen über die Theilung der Kinder enthält das Zürcherische Stadterbrecht von 1716.

Mit Bezug auf die väterliche Verlassenschaft, so haben die Söhne wieder vorzugsweise ein Recht auf die Liegenschaften, welche ihnen um einen billigen Preis zu überlassen sind, der jüngste Sohn hinwieder vor seinen Brüdern ein Vorrecht auf das Wohnhaus des Vaters. Ferner nehmen die Söhne zum voraus — aber ohne Ersatz in die Masse — „des Vaters Uhren, Wehr und „Waffen, Bibliotheken und Bücher, Kleider, auch was „sonsten an seinen Leib gehöret.“ Das Pittschaft und Siegel gehört dem Sohne zu, welcher des Vaters Taufnamen trägt; er muss aber seinen Brüdern, wenn jene von kostbarem Werthe sind, d. h. wenn ihr Werth im Verhältnisse zu der Verlassenschaft von einiger Bedeutung ist, billigen Ersatz leisten. Endlich theilen dann die Brüder mit ihren Schwestern die gesammte Erbmasse so, dass auf jeden Sohn fünf, auf jede Tochter vier Theile kommen, oder wie sich unser Recht ausdrückt, zu fünf und vier Pfenningen. Diese letzte Bestimmung des Zahlenverhältnisses ist neu, der Grundgedanke aber offenbar so wie die übrigen Bestimmungen alt.

Die mütterliche Verlassenschaft wird zunächst unter alle Kinder zu gleichen Theilen getheilt, so jedoch, dass den Töchtern zum voraus zufällt:

> Was die Mutter an ihrem Leib getragen, als Kleider, Weisser Zeug, Gürtlen, Armbande, Ketten, Kleinodien, wie auch ihre Bücher, item der Sparhafen, wann er den halben Theil der Sohns Vortheile nicht übersteiget[316]).

3. Noch lange erhielt sich — besonders auf der Landschaft — die Ansicht, dass in der Ausrichtung einzelner Kinder bei Lebzeiten der Eltern zugleich eine Befriedigung

316) St. E. R. Th. II. §. XII. S. 39. 40. Mon. Chron. IV. S. 8. ff. Rathserk. vom 28. April 1641 im Unt. Man.

ihrer Erbansprüche enthalten sei, und die ausgerichteten Kinder mit den nicht ausgerichteten überall nicht zur Theilung gelangen.

Das Grafschaftsrecht von Kyburg von 1578, Art. 49. 58. und 59., nahm die ältern Bestimmungen über die Ausrichtungen[317]) wieder als geltendes Recht auf. Eben so das Herrschaftsrecht von Wülflingen von 1585. Art. 50. Und noch das Amtsrecht von Grüningen vom Jahre 1668 sagt ausdrücklich:

> Art. 12. Vnd wann Kinder vsgestürt wurdind von Vatter und Mutter, so sollend sömliche Kinder kein anspraach mehr haben, weder an vatter- noch an Muttergutt biss an ein ledigen Erbfahl.

Auch hierin zeigt sich wieder wie Aehnlichkeit so zugleich Verschiedenheit des deutschen und des ältern römischen Rechtes. Die ausgerichteten Kinder darf man wohl mit den emancipirten Kindern des römischen Rechtes vergleichen, zumal faktisch mit der Emancipation eine Aussteuerung regelmässig verbunden war. Die römische Emancipation hat aber einen mehr formellen, die Ausrichtung einen mehr materiellen Charakter. Bei jener liegt das entscheidende Moment in der Auflösung der väterlichen Gewalt und der Zerstörung des civilen Familiennexus, bei dieser in der äussern Abschichtung der Haushaltung und der Herausgabe eines verhältnissmässigen Antheils an dem väterlichen Vermögen. Nach beiden Rechten werden die emancipirten oder ausgerichteten Kinder von der väterlichen oder elterlichen Erbschaft ausgeschlossen, im römischen Rechte aber unbedingt, so weit noch ein civiler Familienverband des Erblassers mit andern Erben besteht, im deutschen Rechte nur so weit noch unausgerichtete Kinder vorhanden sind.

Hat nun aber selbst das formellere und strengere römische Recht in der Folge die emancipirten Kinder wieder zugleich mit den in der Familiengewalt zurück gebliebenen

---

317) Siehe Buch III. §. 27. S. 462.

Kindern zur Erbschaft zulassen müssen, vorausgesetzt nur, dass sie ihr seither erworbenes Vermögen wieder in die gemeine Erbmasse bringen und sich an ihren Theilern abrechnen lassen: so konnte das deutsche Recht noch viel weniger einer solchen Gleichstellung der ausgerichteten Kinder mit den nicht ausgerichteten auf die Dauer widerstreben, voraus gesetzt, dass sich die erstern gefallen liessen, die empfangene Ausrichtung selbst wieder einzuwerfen.

An die Stelle des Ausschlusses der ausgerichteten Kinder durch die nichtausgerichteten trat demnach in der Folge die Einwerfung der von jenen erhaltenen Aussteurung, und es erhielt somit letztere den Charakter eines auf Abrechnung an dem künftigen Erbantheile zum voraus empfangenen Vermögens. Es zeigt sich diese veränderte Gestaltung z. B. in dem Amtsrechte von Uhwiesen von 1603. Art. 1. (Pest. I. S. 142.)

> Wann — die elteren iren Kinden zuvor inn die Ee ein hyrat gut hinuss gegeben hetten, So soll alsdann, wann es zum erbfal kompt, dieselbig person das empfangen hyratgut widerumb inwerffen, oder vmb so vil stillstahen, biss einem jeden andern Kind auch so vil als das hyratgut gwessen, wird.

und in dem Erbrecht von Kaiserstuhl v. 1680. Art. 6. (Pest. II. S. 14.)

> — Wan ein Vatter seine Kinder zu den Ehren in Ehelichen Stand versechen wolt, so mag Er zur Ehesteuhr, oder Ehegut einem wol mehr geben, alss dem anderen, Je nach gestalt der Zeit, und leuffen, doch so ess zu Erbfählen kombt, so dann dieselb persohn mit anderen erben will, so soll Sye dass empfangene gut einwerffen, nit dass Sye solchess wider hinaussgeben, sonder umb souil einstehen soll, alss vil Ihren im haubtgut mehr worden ist, biss den anderen auch souil wird, nach welchem Sye mit Ihren geschwüsterten zu gleichem Erb gehet.

In dem Stadterbrechte von Zürich von 1716 ist die neuere Ansicht vollständig durchgedrungen:

> Dafern dem einen oder andern Kind noch bey Lebzeiten der Eltern ein Theil Väter- oder Mütterlicher Mitteln, ent-

weders zum Heurath-Gut oder voraus gegeben und zu Handen gestellt worden wäre, so soll dasselbe nach des Vaters oder Mutter Tod in der Theilung wiederum in die gemeine Erbschaft geworffen, oder aber denjenigen Kindern so noch nichts empfangen, aus der gemeinen Erbschaft auch so viel voraus gegeben und alsdann erst zu gleicher Theilung geschritten werden[318]).

Die doppelte Berechnungsweise ist offenbar nur angeführt in der Voraussetzung, dass beide dasselbe Resultat zur Folge haben. Dessen ungeachtet kann es Fälle geben, wo ein abweichendes Resultat erreicht wird, je nachdem man sich an diese oder jene Berechnung hält. Wenn nämlich ein Sohn, der eine Aussteuer empfangen hat, mit einer Tochter concurirt, die nicht ausgesteuert ist, so ist nach der ersten Art der Berechnung die Aussteuer als Bestandtheil der Erbmasse wie diese selbst zu 5 und 4 Pfenningen zu theilen; nach der zweiten Art aber hat die Tochter eine gleich grosse Aussteuer zum voraus zu beziehen. Welches ist nun das Richtige? Ohne Zweifel das Erstere, denn nur jenes Resultat entspricht dem allgemeinen Principe, wornach in dem Bezuge einer Aussteuer eine anticipirte Beerbung liegt.

Wenn ferner der Vater mehrere Kinder ungleich ausgesteuert hat, so ist hier die Anwendung der zweiten Berechnungsart nicht möglich, wenigstens nicht in ihrer Reinheit. Denn nach welcher Aussteuer sollte sich die Vorwegnahme eines gleichen Antheiles richten? Somit ist auch hier nur durch Einwerfung das rechte Mass zu treffen; und es kann dieselbe nicht dadurch beseitigt werden, dass man etwa annimmt, der Vater habe, als er seine Kinder ungleich mit der Aussteuer bedachte, diese Ungleichheit dauernd auch zum Behufe der künftigen Erbtheilung erhalten wollen; denn es lassen sich eine Menge Gründe denken, aus denen der Vater bei Lebzeiten seine Kinder verschieden aussteuert, ohne dass er dabei die Absicht hat, dieselben auch auf seinen Todesfall hin verschieden zu behandeln.

---

318) St. E. R. Th. II. §. XI. S. 38.

Blosse Erziehungskosten, wenn sie auch bedeutende Summen erfordern, werden nicht als anticipirte Beerbung behandelt, und kommen überall bei der Erbtheilung nicht in Anschlag, insofern nicht von den Eltern selbst etwas anderes angeordnet worden ist[319]).

Nur wenn nach dem Tode der Eltern noch unerzogene Kinder vorhanden sind und ihr Erbantheil nicht ohnehin bedeutend genug ist, dass sie daraus gehörig erzogen werden können, so soll auch dafür ausnahmsweise aus der gemeinen Erbmasse ihnen ein „billicher Vortheil zu ihrer Auferziehung" vorweg gegeben werden[320]).

§. 53. B. Die übrigen Erben.

1. Noch immer beruht die ganze gesetzliche Erbfolge auf der Ordnung der Parentelen, so dass die Nachkommen des Vaters nicht mit Nachkommen des Grossvaters concuriren, sondern letztere von ersteren unbedingt ausgeschlossen werden[321]).

Gemildert ist diese Parentel-Ordnung durch einen Vorzug der Ascendenten, wornach der Grossvater, subsidiär statt seiner der Urgrossvater, in die Parentel des Vaters, unmittelbar nach den Kindern des Vaters, also den Geschwistern des Erblassers, der Urgrossvater auch in die Parentel des Grossvaters sofort nach diesem eingeschoben wird, und in dieser Stellung zur Succession kommt[322]).

Eine Modification enthält das Erbrecht von Flach von 1658. Art. 4. (Pest. I. S. 107.) Dasselbe bestimmt näm-

---

319) St. E. R. v. 1716. Th. II. §. XI. S. 38.

320) St. E. R. v. 1716. Th. II. §. XII. S. 40.

321) St. E. R. v. 1716. Th. II. §. 15. S. 44 ff. Erläuterung von 1742. §. 2. Mon. Chr. II. S. 276. Das Erbrecht von Uhwiesen von 1603. Art. 19 (Pest. I. S. 149) weicht von dem reinen System der Parentelen ab, indem es nur bei gleicher Gradnähe der tiefer stehenden Parentel den Vorzug gibt.

322) Oben Buch III. §. 27. S. 466. St. E. R. von 1716. Th. II. §. 8. S. 33.

lich, unter dem Einflusse seiner Theorie über das Güterrecht der Ehegatten, nach welchem der überlebende Ehemann die Hälfte des Weibergutes zu lebenslänglichem Niessbrauche besitzt, dass, wenn er aus dieser Ehe Kinder habe, und eines von ihnen nach der Mutter sterbe, so sollen die übrigen Kinder dasselbe beerben, damit auf diese Weise immer die eine Hälfte des Muttergutes den Kindern ganz zum Genusse verbleibt. Sind dann alle Kinder todt, dann freilich lebt das einstweilen suspendirte Erbrecht des Vaters wieder auf.

2. In den Rechtsquellen der vorigen Periode haben wir einen Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen als charakteristisches Element der Erbfolge in der Seitenverwandtschaft kennen gelernt. In der Folge verschwinden die Muttermagen ganz aus der Reihe der erbfähigen Verwandten, und es bleiben im neuesten Rechte nur die Vatermagen zurück. So auffallend diese Veränderung ist und so wenig sie der Geschichte anderer Rechte entspricht, in denen wir vielmehr das Princip der Blutsverwandtschaft seine Herrschaft immer weiter ausdehnen sehen; so schwierig ist es, die Zeit derselben zu bestimmen. Wahrscheinlich machte sie sich allmählig zuerst in der Stadt geltend, indem das Statut von 1419 missverstanden und so falsch angewendet wurde. Von da aus breitete sich dann der Irrthum durch die städtischen Beamteten um so leichter aus, als die Herrschaftsrechte und Offnungen entweder jenes Statut in sich aufgenommen hatten oder sonst in ihren Bestimmungen über die Erbfähigkeit äusserst lückenhaft waren [323]). Noch in die Gerichtsbücher von 1553 und 1620

---

323) Die Recension des Kyburger Grafschaftsrechtes von 1578. Art. 50. Vg. 66, 67 u. 68. und das Herrschaftsrecht von Wülflingen v. 1585. Art. 47. (Pest. II. S. 42.) haben noch die früheren Bestimmungen eines Vorzugs der Vatermagen vor den Muttermagen um ein Glied aufgenommen. Aber die Praxis scheint doch bald sich ganz an das Stadterbrecht in dieser Beziehung angeschlossen zu haben. Das Recht von Uhwiesen von 1603 mischt verschiedenartige Systeme, wenigstens dem Ausdrucke nach durch einander, bevorzugt indessen die Vatermagen wieder. Vergl. die Art. 7. 8. 9. 11. 12. 21. und 22. und Erläut. bei Pest. I. S. 164.

ging jenes Statut von 1419 über, allein offenbar verstand man dasselbe damals schon nicht mehr recht, und interpretirte namentlich den Ausdruck, dass die Mutter ihre Kinder, die Grossmutter ihre Enkel nicht erbe, nicht bloss von einem relativen Ausschlusse der Mutter und der mütterlichen Verwandten durch die nächsten Glieder der Vatermagen, sondern von einem gänzlichen Ausschlusse derselben von der Erbfähigkeit.

Die älteste Spur eines ausschliesslichen Rechtes der Vatermagen auf die Erbschaft finde ich in einer Notiz der Fraumünster-Abtei etwa vom Jahre 1470:

> Aber sol man wüssen, wo unsers Gottshuslüten, er sei wib oder man deheiner abstirbet ohne Liberben, so solle in der nechste vattermag erben, der och unsers Gottshuses ist und im also nahe geschaffen, das es ein Eeh geirren mag. Wo aber das nit ist, so erbet in ein Gottshus.

Diese Stelle bezieht sich freilich nur auf die Gotteshausleute des Fraumünsters und deren Erbrechte; es ist aber nicht unwahrscheinlich, dass die hier ausgebildete Ansicht auch auf das Recht der Stadt Zürich einwirkte, so wie jene sich hinwieder auf das Gewohnheitsrecht von Zürich grossentheils gründen mochte. Eine Erläuterung des Erbrechts vom Jahre 1629 in dem Gerichtsbuche zeigt am besten, welche Missverständnisse in dieses Erbrecht eingedrungen waren, und dasselbe ganz und gar verwirrten. Daraus ergibt sich nämlich: *a)* dass man damals das Princip des Zürcherischen Erbrechts, wornach die Vatermagen der vier ersten Glieder die Muttermagen ausschliessen, Vatermagen des fünften Gliedes aber mit Muttermagen des vierten Gliedes concuriren, für ganz gleichbedeutend hielt mit dem Principe des Kyburgischen Rechtes, wornach Vatermagen den Muttermagen überhaupt je um ein Glied vorgehen; *b)* dass man die Bruderskinder für Vatermagen hielt, die Schwesterkinder für Muttermagen, jenen Vorzug der erstern vor den letztern[324]) eben für eine Anwendung des Kybur-

324) Dieser Vorzug findet sich schon in dem Statute von 1419. Im Jahre 1611 wurden einmal die Schwesterkinder den Bruderkindern gleich gestellt

gischen Grundsatzes erklärte und dann in gleicher Weise auch die Enkel des Bruders den Enkeln der Schwester vorgehen liess; *c)* dass man schon damals nicht mehr wusste, was Muttermagen seien, woraus dann weiter wahrscheinlich wird, dass eigentliche Muttermagen gar nicht mehr erbten[325]).

Ganz passend waren daher die Bestimmungen des Erbrechtes von 1716, durch welche innerhalb der väterlichen Parentelen jeder Unterschied in der Erbfähigkeit der von Söhnen und der von Töchtern abstammenden Erben wieder getilgt wurde, so dass nunmehr Bruders- und Schwesterkinder auf gleicher Linie stehen. Dagegen fixirte nunmehr das Erbrecht von 1716 die gänzliche Ausschliessung der Mutter und aller mütterlichen Parentelen, und erklärte die eigentlichen Vatermagen für allein erbfähig, wenn es schon diesen Ausdruck nicht mehr braucht. Die Formel der Erbfähigkeit lässt sich daher so fassen: Damit Jemand möglicher Weise Erbe des Andern sei, muss die Verwandschaft von dem Erblasser aufwärts bis zum gemeinschaftlichen Stammvater durch lauter Männer, von diesem abwärts bis zum Erben entweder durch Männer oder durch Weiber vermittelt sein. Oder kürzer ausgedrückt: Nur die väterlichen Parentelen des Erblassers sind erbfähig[326]).

(30. Oct. St. Man.), dann aber 1621 (Febr. 21. U. Man.) das alte Recht erneuert. In dem Knonaueramtsrecht Art. 77 (Pest. I. S. 252) heisst es, im Jahre 1539 habe eine Amtsgemeinde erkannt. „das Brüder vnnd schwester kynnd glychergstalt mitteinanderen eerben söllint." Und in dem Herrschaftsrechte von Regensberg von 1538, Art. 101 (Pest. I. S. 210) heisst es: „Item wenn eyn lediger Eerbfal gfalt vnnd bruders kynnd vnnd Schwöster kynnd sind, Soll zu vnnseren herren stan, darin nach irer Statt Recht zu erkhennen, wie sy billich dunckt, Ob sy glych Eerbind oder nit." So schwankend waren damals schon die Ansichten über jene seltsame Modification des alten Systems.

325) Die betreffende Erläuterung des Erbrechtes, die man eher eine Verfinsterung nennen könnte, ist abgedruckt Mon. Chr. IV. S. 14, und in Savigny's Zeitsch. für Rechtswiss. B. IX. S. 140.

326) Erbr. v. 1716. Th. II. §. 14 u. 15. S. 43 ff. Erläut. v. 1743.

Es hat nun diese Erscheinung freilich etwas Auffallendes und den herrschenden Ansichten über Familienverbindung Widersprechendes. Es ist daher kaum zu glauben, dass sich die schroffe Ausscheidung der väterlichen Parentelen und diese Verwerfung oft viel näher stehender mütterlicher Parentelen auf die Dauer erhalten werde. Mag man sich auch freuen über die schöne Consequenz des geltenden Erbrechtes und sich bewusst sein, dass dasselbe seinen Grundzügen nach fest in alter Gewohnheit und Sitte wurzelt: so lässt sich darum doch nicht verkennen, wie wenig die ganze neuere Entwicklung des Familienlebens zu einer starrsinnigen Festhaltung eines absoluten Vorzuges der Vaterseite passt. Jene Rücksichten können daher nur zu höchster Sorgfalt in einer Abänderung des bestehenden Erbrechtes bestimmen, nicht aber zu gänzlicher Abweisung aller Ansprüche der mütterlichen Verwandten für die Zukunft. Wenn neben einer Mutter des Verstorbenen ein väterlicher Grossoheim als Erbe auftritt und jene ausschliesst, wenn der Halbbruder von der Mutter her durch einen fernen Vetter vom Vater her von der Erbschaft verdrängt wird: so geräth in den Augen des Volkes das positive Recht in Conflict mit den natürlichen Verhältnissen und dem, was Jeder für billig und recht hält. Diesen Conflict zu beseitigen, ist eine Aufgabe der Reform unseres Erbrechtes. Und da scheint es denn eben ziemlich in der Nähe liegend, diese Verbesserung darin zu finden, dass man den mütterlichen Parentelen neuerdings ein subsidiäres Erbrecht eröffnet nach den väterlichen Parentelen derselben Nähe, so dass die Mutter mit ihrer Descendenz zur Erbschaft käme hinter dem Vater und dessen Descendenz, die Grosseltern von mütterlicher Seite mit ihren Descendenten hinter der grossväterlichen Descendenz u. s. f. Auf diese Weise würde die Consequenz des Systems nicht nur nicht gefährdet, sondern vielmehr durch die Anerkennung der Volksansicht und der wirklichen Familienbeziehungen nur das ursprüngliche Recht in grösserer Reinheit wieder hergestellt.

3. Nur sehr spät hatte sich in der Erbfolge der Nach-

kommen ein Eintrittsrecht der Enkel an die Stelle der vorverstorbenen Kinder geltend gemacht. Noch später wurde es in der Erbfolge der Seitenverwandten anerkannt, wenn gleich diese nach dem Principe der Parentelen sich auch wieder als Erbfolge der Nachkommen äusserlich darstellte.

Zuerst fand das Eintrittsrecht ausserhalb der Nachkommenschaft des Erblassers Anwendung in der Parentel seines Vaters, wenn neben Geschwistern des Erblassers noch Kinder von vorverstorbenen Geschwistern vorhanden waren. Für diesen Fall bestimmte das Uhwieser Amtsrecht von 1603. Art. 10. (Pest. I. S. 146):

> Söllend eines verstorbenen bruders oder schwöster kinder anstatt ires vaters oder muter jnn den stammen zu miterben zugelassen werden[327]).

und 1620 wurde das nämliche Recht auch auf die Enkel der Geschwister für Uhwiesen ausgedehnt. (Pest. I. S. 165.)

Auch für die Grafschaft Kyburg wurde ein Eintrittsrecht der Kinder der Geschwister im Jahre 1667 eingeführt, während sich das Stadtrecht von Zürich noch immer gegen diese Milderung der alten Consequenz sträubte. Noch 1670 (April 30. U. M.) erkennt letzteres überall kein Eintrittsrecht in der Seitenlinie an, und sucht die Härten, welche in einzelnen Fällen daraus folgen mussten, nur durch das Institut der Seelgeräthe[328]) abzuschleifen. Erst im Jahre 1707 fand dasselbe Eingang in das Stadterbrecht, und wurde sodann durch das Statut von 1716 und besonders die Erläuterung von 1742 weiter ausgebildet.

Es gilt nunmehr auch in der Seitenlinie allgemein für Kinder, Enkel und Urenkel vorverstorbener näherer Erben das Eintrittsrecht, jedoch mit der Beschränkung auf den

---

327) Aehnlich in Flach Erbrecht v. 1658. Art. 5. (Pest. I. S. 105.)

328) Vergl. auch Amtsrecht von Grüningen von 1668. Art. 7. (Pest. I. S. 63.) „Es mag aber ein Bruder nebent synen Bruderen auch Bruders vnd Schwöster Kind zu Erben annemmen, ob er wil; in dem widrigen fahl aber, Sy allwegen auch mit ehrlichen Seelgrebd nach messigung des habs vnd guths betrachtet werden."

dritten Grad Zürcherischer, d. h. den sechsten Grad römischer Berechnung[329]).

Dieses Eintrittsrecht hat aber hier mindere Wirkungen als in der Erbfolge der Nachkommen, indem es keineswegs die Theilung nach Köpfen umwandelt in eine Theilung nach Stämmen. Nur so viel versteht sich, dass z. B. die eintretenden mehreren Kinder eines vorverstorbenen Bruders zusammen nur einen Theil erhalten, die andern Theile aber den lebenden Geschwistern zufallen; denn sie treten ja eben in Folge einer milden Berücksichtigung ihrer Abstammung an die Stelle ihres Vorgängers, können somit nicht mehr erhalten, als dieser erhalten hätte. Aber darüber hinaus wirkt dann das Eintrittsrecht nicht auf die Theilung: indem sobald nur Kinder von lauter vorverstorbenen Geschwistern vorhanden sind, wenn schon in ungleicher Anzahl, doch alle als gleich nahe Erben auch gleiche Kopftheile erhalten [330]).

4. Aus dem Vorigen ergibt sich als Regel für die Erbfolge der Seitenverwandten: Es erben je die nächsten Glieder innerhalb der nächsen Parentelen, und theilen nach Köpfen, so weit nicht das Eintrittsrecht fernere Personen an die Stelle ihrer vorverstorbenen Vorfahren zulässt.

Nur bei der Theilung der Geschwister zeigt sich noch in dem Stadterbrechte von 1716 ein Unterschied zwischen Brüdern und Schwestern, welcher als Fortsetzung und Nachhall des Unterschiedes in der Theilung zwischen Söhnen und Töchtern zu betrachten ist. Die Brüder haben nämlich einen vorzugsweisen Anspruch auf die Liegenschaften, welche ihr verstorbener Bruder hinterlassen, und können dieselben gegen Ersatz eines „leidenlichen" Preises beziehen. Dagegen erhalten sie zum voraus

---

329) St. E. R. von 1716. Th. II. §. 15. S. 44, und Erläuterung von 1742. §§. 1, 4, 5, und die allgemeine Anmerkung am Schlusse derselben.

330) Vgl. auch Erbrecht von Kaiserstuhl von 1680. Art. 3. (Pest. II. S. 11.)

Wehr und Waffen, Uhren, Pittschaft und Siegel, Bibliotheken, Kleider und was sonsten an ihren Leib gehörig.

Eben so erben die Schwestern zum voraus, was die verstorbene Schwester

an ihrem Leib getragen, Kleider, weissen Zeug, Gürtlen, Ketten, Armbande, Kleinodien, Bücher und den Sparhafen.

Alles Uebrige aber wird zu gleichen Hälften vertheilt[331]).

5. In dem ältern Erbrechte war zwar der Vorzug der Vatermagen auf die nähern Kreise der Verwandtschaft beschränkt, nicht aber die Erbfähigkeit selbst. Das Statut von 1716 beschränkt nun die Erbfähigkeit bis auf den vierten Grad Zürcherischer oder den achten Grad römischer Computation[332]).

Sind keine Vatermagen vorhanden innerhalb dieses Grades, so erbt dann die Obrigkeit. Dieses Erbrecht der Obrigkeit mochte sich in der ältern Zeit an das Erbrecht des Grundherrn angeschlossen haben, indem der Landesherr in manchen Rücksichten wie ein grosser Grundherr angesehen wurde[333]). Freilich kam dann das römische Recht, welches den Fiscus in das erblose Gut succediren liess, jenem Grundsatze zu Hülfe, und erleichterte ihm die Anerkennung.

Dahin gehört denn auch das Erbrecht des Landesherrn in die Verlassenschaft unehelicher Kinder, die nicht eigene eheliche Kinder haben: denn da immer nur die eheliche Verwandschaft Erbfähigkeit begründet, so können jene nach oben hin keine erbfähigen Verwandten haben.

Herrschaftsrecht von Regensberg von 1538. Art. 49. (Pest. I. S. 195.) Item alle ledige kynnd die da sitzend inn den Gerichten dess Ampts zu Regensperg, die sind vnnserer

331) Erbrecht von 1716. Th. II. §. 14. S. 42.

332) Th. III. §. 8. S. 56.

333) Vergl. ob. B. III. §. 27. S. 470. Herrschaftsr. v. Regensberg v. 1538. Art. 50. (Pest. I. S. 195.) U. Man. v. 19. Juli 1604 und Erbrecht v. 1716. Th. III. §. 8. S. 56.

gnedigen herren von zürich mit lyb vnnd gut, vnnd wellicher derselben personen abgaat, on eelich lyb Eerben, den Eerbent vnnsere herren von zürich, wer aber das eyn söllich Man absturb vnnd Eeliche kynnd lyesse die sin genoss weren, So nemmend vnnser herren von zürich eynen faal, Lasst er aber nit Eelich lyb eerben die sin genoss sind, So eerbent vnnser herren für die kynnd.

Herrschaftsrecht von Wülflingen von 1585. Art. 28. (Pest. II. S. 35.) Item es gehörend ouch alle vnelichen Kinder, mitt iren lyben, ann das hus wülfflingen, vnnd weliche vnder denselben vnelichen Kinden, one Eelich lyberben, mitt tod abgand, so hatt ein herr zu wülfflingen dieselben Kind zu erben.

Grafschaftsrecht von Kyburg von 1576. Art. 29. und 30. Herrschaftsrecht von Grüningen von 1668. Art. 10. (Pest. I. 66.)

Und noch in dem Erbrechte von 1716 ist dasselbe Princip ausgedrückt.

Th. III. §. 8. S. 57. Wann unehelich gebohrne Personen ohne Leibs-Erben absterben, und Hab und Gut nach sich verlassen, fallt ihre Erbschaft auch der Obrigkeit heim.

§. 54. Statutarportionen.

Neben dem Erbrechte der gesetzlichen Erbfolge finden sich auch in unsern Statuten Ansprüche einzelner dem Verstorbenen nahe stehender Personen auf einen Theil der Verlassenschaft von Rechtes wegen anerkannt, Ansprüche, die sich schon darin von dem Successionsrechte der eigentlichen Erben unterscheiden, dass sie sich mit Nothwendigkeit entweder nur auf gewisse Sachen oder einen bestimmten zum voraus fixirten Theil der Erbschaft, nie aber auf die Verlassenschaft als ein Ganzes beziehen. Die wichtigste Anwendung solcher Statutarportionen haben wir schon oben kennen gelernt in der Lehre von der Familie und dem Güterrechte der Ehegatten. Ausserdem kommen noch zwei Fälle vor, in denen solche partielle Ansprüche auf den Nachlass sich geltend machen, nämlich

1) die Statutarportion der Mutter. Das Statut von Uhwiesen von 1603 Art. 7. (Pest. I. S. 144.) sichert der Mutter auf den Fall, dass weder Kinder noch Geschwister des Erblassers noch deren Kinder, noch der Vater desselben den Erblasser überleben, die Nutzniessung des dritten Theiles seiner Verlassenschaft auf Lebenszeit zu. Und das Stadterbrecht von Zürich von 1716 suchte die Unbill eines ausschliesslichen Vorzuges der Vatermagen einigermassen zu mildern, indem es der Mutter aus der Erbschaft ihres Kindes:

> den halben Theil von seinen Kleidern, Hausrath, Weiber-Schmuck und Büchern; und dann von übriger seiner Verlassenschaft den fünften Theil vor eigen

verstattet, vorausgesetzt, dass der Verstorbene weder Kinder, noch Vater, noch Geschwister zurückgelassen hat[334]).

2) Statutarportion der Verlobten. Auch im Todesfalle eines Verlobten äussert sich die enge persönliche Verbindung, in welche er schon durch die Verlobung mit einer andern Person getreten war, nur freilich schwächer als die Ehe, die das persönliche Band fester zieht. Der überlebende Verlobte nämlich erhält zurück:

> was das Abgestorbene auf die Ehe gegeben oder sonsten dem andern verehrt hat, oder von den Seinigen naher demselben verehrt worden wäre

und erwirbt überdem einen Zehntel der eigenen und ledigen Mittel zu eigen, durch welche Bezeichnung das verfangene Gut ausgeschlossen wird.

§. 55. Erwerb der Erbschaft.

In der römischen Erbfolge spielt der subjective freie Wille des Einzelnen eine viel grössere Rolle als in dem Systeme des deutschen Erbrechtes, welches sich enger an die Familienverhältnisse, als innern Grund der

334) Th. II. §. 7. S. 32. Vergl. darüber Mon. Chron. IV. S. 24. Auch das Winterthurererbrecht von 1779. Art. 26. (Pest. I. S. 20.) kennt eine ähnliche Statutarportion der Mutter.

Nachfolge, anschliesst und mit mehr Nothwendigkeit daraus hervorgeht. Wenn demnach auf der einen Seite der Römer in der Regel durch seinen einseitigen Willen im Testamente seine Erben frei ernannte, und auf der andern Seite die Beerbung des Deutschen durchgängig schon zum voraus durch das Recht der Familie geregelt und gebunden war; so lässt sich auch in der Lehre vom Erwerb der Erbschaft ein ähnlicher Gegensatz nicht verkennen. Das römische Recht macht nämlich wieder den Erwerb abhängig von einer freien einseitigen Willensäusserung der bezeichneten Erben. Ohne besondern Antritt wird er nicht Erbe; den einen Fall ausgenommen, wo die persönliche Familienabhängigkeit von dem Erblasser Kinder und Sclaven ohne weiters zu Erben macht, wenn solches im Willen des frühern Gewalthabers lag. Nach deutschem Rechte hingegen wird der Erbe von selbst zum Erben, ohne dass er sich dazu durch einen besondern Akt erst zu machen braucht. Er wird Erbe, indem ihn seine Familienstellung ohne weitere Umschweife als Nachfolger des verstorbenen Familiengenossen eintreten lässt. Es bedarf somit keiner Erbantrittserklärung von Seite des Erben, sondern nur einer Ausschlagserklärung, insofern er ausnahmsweise sich der Erbschaft enthalten will. Und wenn er auch sogleich nach dem Tode des Erblassers erbt, so wird sein bereits erworbenes Erbrecht auf seine Erben übergetragen [335]).

Unser Erbrecht bleibt auch in dieser Beziehung dem deutschen Charakter treu. Es setzt sogar eine Frist fest von vier Wochen, binnen welcher der Erbe die Verzichtleistung dem regierenden Burgermeister zu Handen des Rathes, gegenwärtig dem competenten Gerichte zu eröffnen hat [336]). Es ist nun freilich nicht zu läugnen, dass man sich in der Praxis nicht sorgfältig an diese Frist hält; und nicht ohne Härte könnte, nachdem einmal die Gewohnheit so sehr

---

335) Mittermaier D. Privatrecht §. 466.

336) Erbrecht von 1716. Th. I. §. 9. S. 12.

lax geworden, die Strenge des Grundsatzes durchgeführt werden. Dessen ungeachtet ist dessen Gültigkeit nicht zu bezweifeln und nur darin Milde zu üben, dass man leicht Entschuldigungsgründe, die für eine Verspätung angeführt werden können, zulassen mag. Hat aber einmal der Erbe seinen Willen, die Erbschaft zu behalten, gleichviel in welcher Form geäussert, dann ist ihm auch für immer die Möglichkeit entzogen, dieselbe hinterdrein auszuschlagen.

Die Wirkungen des Erbüberganges sind dagegen in der neuern Zeit im Wesentlichen nach den Prinzipien des römischen Rechtes, das einem ausgebildeteren Creditsysteme besser entspricht, zu beurtheilen. Der Erbe setzt wirklich die Persönlichkeit des Erblassers fort, und alle Rechte und Verpflichtungen seines Vorgängers gehen auf ihn über. Die Erbschaft als ein Ganzes wird sein, und vermischt sich mit seinem übrigen Vermögen, so dass er nunmehr für alle Schulden des Erblassers nicht bloss mit dem haftet, was er von ihm ererbt hat, sondern mit allem was er besitzt.

Diese Einheit der Personen des Erblassers und seiner Erben macht nun eben die Uebernahme der Erbschaft in vielen Fällen sehr bedenklich; indem es oft unmöglich ist, binnen jener kurzen Frist von vier Wochen sich genau über den Stand derselben zu unterrichten, zumal leicht Schulden vorhanden sein können, von denen sich in den Büchern des Erblassers, wenn er nur überhaupt solche hinterlassen hat, nichts erwähnt findet. Diesen Gefahren zu steuern ist auch in unserm Rechte, nach dem Vorbilde des römischen Rechts, eine Rechtswohlthat des Inventars eingeführt [337]), wenn gleich mit etwas verschiedenen Wirkungen. Dieselbe nämlich hat nicht den Zweck, die Verpflichtung der Erben, für Schulden des Erblassers einzustehen, bis auf den Betrag des Nachlasses zu beschränken, sondern nur den, ihm Sicherheit zu verschaffen, dass er nicht Schulden zu übernehmen habe, von denen er nichts wusste.

---

337) Stadterbrecht von 1716. Th. I. §. 9. S. 12.

In diesem Falle hat nämlich der Erbe innerhalb jener Frist von vier Wochen bei dem Gerichte das Ansuchen für einen gerichtlichen Aufruf und Erhebung eines gerichtlichen Inventars über die Verlassenschaft zu stellen. Zwar wird auch häufig nach Ablauf der Frist noch die Wohlthat des Inventars gewährt; jedoch nur mit dem Vorbehalte der bereits erworbenen Rechte der Erbschaftsgläubiger, von dem Erben ganz befriedigt zu werden, insofern sie sich nun melden und er auf eine nicht zu entschuldigende Weise die Frist versäumt hat. Es ist diess eine sehr wichtige praktische Folge jenes Princips der deutschen Erbfolge: „Der Todte erbt den Lebendigen."

Durch den öffentlichen Aufruf werden sodann die sämmtlichen Erbschaftsgläubiger ermahnt, ihre Forderungen anzumelden, widrigen Falls sie dieselben gegenüber dem Erben, der das Inventar begehrt hat, verlieren. Ist das Inventar in dieser Weise sicher gestellt, so wird es nunmehr dem Erben übergeben und an ihn von Seite des Gerichtes die Aufforderung erlassen, jetzt sich zu erklären, ob er antreten oder ausschlagen wolle. Tritt er an, so wirkt dieser Antritt unbedingt, und es muss der Erbe alle gehörig angemeldeten Schulden ganz zahlen, selbst wenn die Activen der Erbschaft nicht zureichten. Nur von den nicht angemeldeten wird er für immer frei. Schlägt der Erbe aus, dann bleibt nichts anders übrig, insofern nicht eine andere Person zur Ehrenrettung des Verstorbenen den Nachlass übernehmen will, als die Eröffnung des Concurses.

§. 56. Uebergang der einzelnen Rechte auf mehrere Erben.

In und mit der Verlassenschaft gehen dann alle einzelnen darin enthaltenen Vermögensrechte auf die Erben über. Ist nur Ein Erbe da, welcher die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, so hat dieser Uebergang keine Schwierigkeit. Wie aber, wenn mehrere Erben zugleich succediren?

Ganz allgemein lässt sich antworten: Es entsteht unter ihnen eine Gemeinschaft, die sich über die ganze Verlassenschaft erstreckt, und subjectiv nach der Zahl und den Erbquoten der Erben gemessen wird. Welcher Art aber diese Gemeinschaft sei mit Bezug auf Eigenthum, Forderungen und Schulden, bedarf einer nähern Untersuchung.

Das Eigenthum, welches dem Erblasser zugestanden, wird nunmehr zu Miteigenthum der mehrern Erben, je nach ihren Erbquoten. Selbst da, wo die Söhne ein Vorrecht haben auf die Liegenschaften, kommen diese doch nicht sofort in ihr ausschliessliches Eigenthum, sondern als an einem Bestandtheil der Erbmasse erhalten auch die Töchter neben den Söhnen zunächst Miteigenthum daran. Jenes Vorrecht wird somit erst realisirt durch die Erbtheilung.

Auf die Erbschaftsforderungen und Schulden findet unsere obige Auseinandersetzung[338]) über den Begriff von Gesammtforderungen und Schulden nun Anwendung. Die Forderungen nämlich zerfallen nicht, wie nach römischem Rechte, in eine Anzahl kleinerer und selbständiger Forderungen, welche der Zahl der Miterben entspricht; sondern die Einheit jeder einzelnen Forderung bleibt gerettet, wenn schon an die Stelle des Einen Creditors nun mehrere Erben treten. Diese Miterben erhalten Theilforderungen je nach ihren Erbquoten, aber diese Theilforderungen sind unter sich verbunden zu Einer Gesammtforderung. Desshalb kann nicht jeder einzelne Miterbe etwa seine Theilforderung abgesondert geltend machen, sondern nur alle zusammen die ganze.

Aehnlich verhält es sich mit den Erbschaftschulden. Auch hier lässt sich die Einheit der einzelnen Schulden erhalten, ungeachtet der Theilung unter die Miterben. Und eben weil das deutsche Recht hier eine Möglichkeit eröffnet, welche das römische Recht nicht gekannt

---

338) Oben §. 42.

hat, und weil zugleich dadurch das ursprüngliche Schuldverhältniss bei weitem weniger verändert wird, als durch eine Zerlegung der Schulden in neue kleinere Schulden; so ist diese Auffassung die wahre. Die Miterben werden somit nicht Solidarschuldner noch werden sie im römischen Sinne Theilschuldner, sondern sie werden Theilschuldner im deutschen Sinne. Die Schuld wird allerdings unter sie getheilt, und zwar so, dass jeder zunächst für eine Quote haftet, welche seiner Erbquote entspricht, aber indem sie nur Theile einer ganzen Schuld zu entrichten haben, bleiben sie sich bewusst, dass die Schuld eben ein Ganzes ist, und dass sie zusammen nur dieses Ganze schulden. Die Beziehung des Theiles zum Ganzen ist somit nicht aufgehoben, sondern fortdauernd. Und jeder Mitschuldner hat eben aus diesem Grunde subsidiär, wenn die andern nicht zahlen können, für das Ganze einzustehen. Der Creditor braucht sich daher nicht zu begnügen, wenn ein Erbe nur seinen Theil abrichtet; er hat ein Recht darauf, dass seine Forderung nicht zerstückelt werde. Er kann aber auch nicht beliebig irgend einen der Erben herausnehmen aus der Zahl der übrigen und von ihm die ganze Schuld beziehen; denn zunächst ist jeder nur einen Theil schuldig, sie alle zusammen aber das Ganze. Wohl aber hat der Creditor die Wahl, ob er sie alle zugleich für das Ganze oder zunächst jeden Einzelnen für seinen Theil belangen wolle. Jenes kann er, weil er ein Recht hat, die Schuld als Ganzes zu behandeln, dieses kann er, weil das Ganze auf Seite der Schuldner in Theilen sich zunächst darstellt.

Das Schuldverhältniss ist somit ein ähnliches, wie oben das der Einzinserei; nur mit dem Hauptunterschiede, dass es hier dem Creditor nicht frei steht, einen Trager unter den Mitschuldnern zu bezeichnen. Denn wird auf der einen Seite für den Creditor gesorgt, dass er sein Recht auf die ganze Schuld nicht einbüsse, so ist auf der andern Seite auch keine Noth, die einzelnen Erben als Theilschuldner in eine schlimmere Lage zu versetzen, als jener Zweck unumgänglich erfordert.

§. 57. Gemächde und Testament.
A. Form desselben.

1. Das Institut der Gemächde erhielt sich auch in dieser Periode noch in der früher schon bezeichneten Form und Gestalt[339]). Auch in dem Zürcher Stadtrechte werden die Gemächde noch häufig erwähnt, bis dann die Bearbeitung des Erbrechtes vom Jahr 1716 den Ausdruck Testament allgemeiner und herrschend machte, und eine Veränderung der Theorie zum Theil einführte zum Theil vorbereitete. Um nämlich der darin aufgenommenen Lehre über das Testament allmählig auch in den Gerichten der Landschaft Eingang zu verschaffen, wirkten verschiedene Gründe zusammen.

Erstens war das Testament seinem materiellen Inhalte nach, wie dasselbe unterschieden von dem römischen Testamente aufgefasst war, den alten Gemächden sehr nahe verwandt und offenbar aus denselben hervorgegangen, so dass eine Vermischung der beiderseitigen Theorien ganz nahe lag.

Zweitens waren die Bestimmungen der Statuten über Gemächde sehr dürftig und lückenhaft, während das Erbrecht der Stadt nun verschiedene formelle und materielle Fragen ausführlich behandelte, so dass man oft, wenn sich in einzelnen Fällen Bedenken erhoben, bei diesem Rath und Auskunft suchen mochte.

Drittens änderten sich die Zeitansichten mehr zu Gun-

---

339) Vergl. Grafschaftsrecht von Kyburg von 1578. Art. 37. Herrschaftsrecht von Wülflingen von 1585. Art. 30. u. 40. (Pest. II. S. 36. u. 40.) Erbrecht von Kaiserstuhl von 1680. Art 10. (Pest. II. S. 18.) Amtsrecht von Uhwiesen von 1603. Art. 31. (Pest. I. S. 154.) Herrschaftsrecht von Weiningen von 1637. Art. 2. u. 3. (Pest. I. S 114.) und Amtsrecht v. Grüningen v. 1668. Art. 13. (Pest. I. S. 68.) Vergl. Finsler in der Mon. Chron. IV. S 361. ff. Den Uebergang der Gemächde in die Testamente deutet auch an Stadtrecht von Winterthur von 1720. Erl. §. 9. (Pest. I. S. 54.)

sten der Testamente. Der wesentliche Unterschied nämlich zwischen den beiden Instituten beruht darauf, dass das Gemächde zwar auch von dem Willen des Erblassers ausging, aber zugleich in der Regel schon in seiner Entstehung, jedenfalls aber hinterher in seiner Anwendung abhängig war von dem Willen des Gerichtes, das billige Rücksichten frei zu beurtheilen hatte, und nach seinem eigenen subjectiven Befinden die letzte Verordnung zu modificiren befugt war. Das Testament dagegen beschränkte den freien Willen des Erblassers nicht durch einen ergänzenden Willen der Gemeinde oder des Gerichtes, sondern durch feste objective Regeln, welche das Interesse der erbberechtigten Familie zu schützen suchten. Das ist nun aber überhaupt der Charakter der neuern Zeit im Gegensatze zu der ältern, dass man der Obrigkeit kein Mitwirken mehr verstattet bei den Rechtsgeschäften der einzelnen Bürger, sondern da, wo die Freiheit der letztern beliebig über das Ihre zu verfügen, andern Rechtsverhältnissen Gefahr zu bringen scheint, dieselbe durch objective Gesetze zu zügeln sucht.

Endlich brachten die Veränderung der Gerichtsverfassung in der neuesten Zeit und das allgemein eingeführte Erforderniss, letztwillige Verordnungen notarialisch fertigen zu lassen, die Gemächde ganz ausser Uebung, und liessen statt derselben nur noch die Testamente bestehen.

2. Auf die Lehre von den Testamenten hat nun freilich die Theorie des gemeinen Rechtes einigen Einfluss geübt, jedoch mehr der Form als dem Inhalte nach, und in geringerem Masse als es Anfangs scheint, wenn man einzelne Stellen des Statutes von 1716 liest. Denn zuweilen hat der Verfasser des Gesetzes gelegentlich aufgenommen, was er auf auswärtigen Schulen von römischem Rechte gehört aber nicht recht verdaut haben mochte, um seine Gelehrsamkeit an den Mann zu bringen. Diese römischen Reminiscenzen sind aber so unorganisch eingeflickt, dass sie jedes innern Zusammenhanges mit dem übrigen System entbehrend ganz bedeutungslos dastehen. Es gilt diess vornäm-

lich von einem Unterschiede, welchen das Statut macht zwischen Testament und Codicill. In Th. III. §. 1. S. 48 nämlich wird das Codicill so erklärt:

> Ein Codicill ist nichts anders als die Eröffnung seines letzten Willens mit wenigern Solennitäten, ohne eigentliche Einsetzung eines Erben.

Dabei wird man denn unwillkührlich an den römischen Unterschied erinnert und geneigt sein, das Testament für eine formellere letzte Willensordnung zu halten, mit Einsetzung eines Erben. Diese Annahme wäre aber ganz und gar irrig; denn nicht blos weiss die legale Definition des Testamentes nichts von der Nothwendigkeit einer Erbeinsetzung[340]), worauf doch das römische Testament ganz und gar beruht, sondern es waren auch — gemäss dem historischen Zusammenhange dieser Testamente mit den Gemächden — von jeher die Testamente ohne Erbeinsetzung viel häufiger als die mit Erbeinsetzung. Das Codicill unterscheidet sich somit von unserm Testamente dem Inhalte nach blos dadurch, dass es keine Erbeinsetzung enthalten kann, während dem eine solche im Testamente auch stehen kann, der Form nach, dass für jenes weniger gefordert wird als für dieses. Da aber beide der notarialischen Fertigung bedürfen, und im Uebrigen die Formen auch des Testamentes sehr leicht zu erfüllen sind, so hat der ganze Unterschied keinen rechten Sinn, und es kommen daher auch Codicille, die nicht zu gleicher Zeit Testamente wären, nur äusserst selten vor.

3. Die Testamente sind entweder schriftliche oder mündliche. Für die erstern gelten folgende Erfordernisse:

a) Selbst geschriebene und unterschriebene Testamente bedürfen keiner fernern Zeugen.

b) Testamente, welche von dem Erblasser blos unter-

---

340) Th. I. §. 1. S. 3.: »Ein Testament ist eine vollkommene und deutliche, auch freie und ungezwungene Erklärung des letzten Willens, so ein Mensch, der Rechtens wegen solches zu thun genugsam begwältigt und befugt ist, seines zeitlichen Habs und Guts halber, und wie es nach seinem Tode damit gehalten werden soll, eröffnet."

schrieben sind, bedürfen auch noch der Unterschrift zweier Zeugen, welche bekräftigen, dass darin der freie und bewusste Wille des Erblassers enthalten sei. Es ist demnach nicht nöthig, dass die Zeugen bei dem Akte des Testirens selber gegenwärtig seien, und ebenso wenig dass sie von den einzelnen Bestimmungen des Testamentes Kenntniss haben.

c) Wird die letzte Willensordnung von dem Erblasser weder geschrieben noch unterschrieben, so muss das von einem andern niedergeschriebene zweien Zeugen in Gegenwart des Testators vorgelesen und von diesen unterschrieben werden. Das Statut spricht überdem davon, dass die Zeugen das Testament besiegeln und verschliessen sollen. Es kann diess aber um so weniger als nothwendiges Erforderniss angesehen werden, als besonders früher fast nur die Bürger der Stadt eigene Siegel besassen, und ausserdem die notarialische Fertigung ohnehin eine viel authentischere Besiegelung mit sich bringt.

d) Wenn Eltern oder Grosseltern für ihre Kinder und Enkel ein Testament machen, welches daher kaum etwas anderes als Bestimmungen über die Erbtheilung enthalten wird, so sind die Formen noch laxer. Sobald dasselbe nur von ihnen unterschrieben wird, so bedarf es keiner Zeugen mehr, fehlt aber die Unterschrift, so ist wie im vorigen Fall Bekräftigung des Inhaltes durch zwei unterschreibende Zeugen nothwendig.

e) Zur Zeit der Pest oder im Felde, während eines Krieges, genügt ebenfalls die Unterschrift des Erblassers ohne Zeugen [341]).

Als Ergänzung der Form der schriftlichen Testamente wurde durch die Notariatsordnung von 1804 §. 1 und 2. (M. S. II. S. 210.) die kanzleiische Fertigung eingeführt, wodurch die Testamente in der That eine andere

341) Erbrecht von 1716. Th. I. §. 3. S. 4.

Gestalt und die Form öffentlicher Urkunden erlangten. Frei davon sind wieder die Stadtbürger.

4. Das **mündliche** Testament ist nur als Ausnahme zu betrachten. Es ist daher nur auf sechs Wochen gültig, d. h.: Wenn der Testator nach der Errichtung des Testamentes länger als sechs Wochen lebt, so wird dadurch das mündliche Testament von selbst nichtig und der Erblasser genöthigt, von neuem zu testiren. Die Form besteht darin, dass er seinen letzten Willen in Gegenwart von drei dazu eigens erbetenen Zeugen mündlich eröffnet[342].

5. Für das **schriftliche Codicill** genügt die blosse Unterschrift, ja sogar die blosse Besiegelung durch den Testator, fehlen diese, die Unterschrift Eines Zeugen. Für das **mündliche** Codicill bedarf es der Gegenwart von zwei oder drei erbetenen Zeugen; doch ist auch hier anzunehmen, dass dasselbe nur dann gültig sei, wenn der Erblasser binnen sechs Wochen nach der Eröffnung seines Willens stirbt[343].

6. Die **Testirfähigkeit** umfasst einen weitern Kreis von Personen, als die gewohnte bürgerliche Handlungsfähigkeit. Auch Ehefrauen und Minderjährige, sobald sie das sechszehnte Altersjahr vollendet haben, können gültig testiren, ohne dass ihre Männer, Väter oder Vögte darum wissen. Auf körperliche Gesundheit dagegen kommt es nicht mehr an, sondern nur auf geistige Gesundheit des bewussten und freien Willens[344].

Auf der andern Seite ist einigen Klassen von Personen die Testirfreiheit entzogen, oder doch für dieselben beschränkt[345]. Entzogen ist sie:

a) Den Unsinnigen, welchen die Tauben gleichgestellt werden. Wenn indessen jene vorübergehende lichte Momente haben, so können sie in diesen gültig testi-

342) Erbrecht von 1716. Th. I. §. 3. S. 5.

343) Erbrecht von 1716. Th. III. §. 1, 2. S. 48, 49.

344) Erbrecht von 1716. Th. I. §. 4. S. 6.

345) Erbrecht von 1716. Th I. §. 5. S. 6 ff.

ren; nur sollen dann drei Zeugen zugezogen werden. Die Möglichkeit einer geistigen Ausbildung auch der Taubstummen, welche die neuere Zeit an den Tag gebracht hat, macht nun eine solche rücksichtslose Gleichstellung derselben mit Blödsinnigen ungereimt, und was von diesen in lichten Momenten gilt, ist daher ohne Bedenken auf die Taubstummen in der Regel auszudehnen; so wie es denn auch von den Blinden ganz allgemein gilt.

b) Den öffentlichen Verschwendern, denen die eigene Vermögensverwaltung gerichtlich untersagt worden.

c) Den zum Tode Verurtheilten, insofern mit der Todesstrafe Confiscation des Vermögens verbunden war; ein Fall, der im neuesten Rechte antiquirt ist, da es keine Confiscation mehr gibt.

d) Den Verpfründeten in obrigkeitlichen Anstalten, insofern sie sich nicht bei Eingehung der Verpfründung freie Verfügung über ihren Nachlass vorbehalten haben. Der Grund dieser Bestimmung liegt keineswegs in mangelnder Handlungsfähigkeit der Pfründer; denn unter Lebenden können sie gar wohl gültige Rechtsgeschäfte jeder Art vornehmen, Schulden contrahiren und ihr Eigenthum veräussern[346]); sondern er ist in der Sorge dafür zu suchen, dass die Verlassenschaft derselben der Anstalt verbleibe.

7. Für die Fähigkeit der Testamentszeugen[347]) gelten folgende Erfordernisse:

a) Sie müssen Männer sein. Es ist diess freilich in dem Statute nicht ausdrücklich bestimmt, aber theils durch das Gewohnheitsrecht ausser Zweifel gesetzt, theils dadurch zu rechtfertigen, dass selbst, wo es sich um blossen Beweis von Thatsachen handelt, die ganz zufällig von diesem oder jenem wahrgenommen wurden, das Zeugniss der Frauen minder gewerthet wird, als

346) St. L. R. Th. II. §. 7. S. 33.

347) Erbrecht von 1716. Th. I. §. 6. S. 8.

das der Männer[348]), für ein Solennitätszeugniss aber die reichste Auswahl zum voraus dem offen steht, der seiner bedarf; welchen Gründen denn allerdings auch noch die Analogie des gemeinen Rechtes beigefügt werden mag.

b) Alle in dem Testamente irgend Bedachten, sowie deren Väter, Söhne, Brüder und Schwäger sind ausgeschlossen.

c) Ebenso alle Geistlichen, nicht blos die angestellten Pfarrer des betreffenden Ortes.

d) Ferner die Aerzte, welche den Erblasser in seiner Krankheit behandelt haben.

e) Knaben unter 16 Jahren.

f) Die Ehrlosen, wohin wohl alle des Activbürgerrechtes verlustigen einheimischen Personen ebenfalls zu zählen sind.

§. 58. B. Inhalt des Testamentes.

Das Testament kann alle möglichen Bestimmungen in sich aufnehmen, durch welche Anordnungen getroffen werden, wie der Nachlass des Testators zu behandeln sei. Im gemeinen Recht werden nothwendige Bestandtheile von zufälligen unterschieden, in unserem Partikularrechte gibt es keine letztwilligen Verfügungen, die man nicht auch unterlassen könnte, und so sind denn alle zufällig.

1. Es kann vorkommen eine Erbeinsetzung, d. h. die Ernennung eines oder mehrerer Universalsuccessoren des Erblassers. Nothwendig ist aber auch diese Bestimmung nicht, und bei der grossen materiellen Beschränkung der Testirfreiheit ziemlich selten, dass ausser den natürlichen Erben noch andere bezeichnet werden. Geht man davon aus, dass die Sitte und zum Theil auch das Gesetz die gesetzliche Erbfolge zur Grundlage der Beerbung gemacht haben, und die Veränderungen, welche durch letzten Willen oder Vertrag

348) St. L. R. Th. IV. §. 27. S. 52.

bewirkt werden, grossentheils sich als blosse Modificationen jener darstellen; so wird man es keineswegs auffallend finden, wenn gesetzliche und testamentarische Erbfolge zugleich vorkommen. Gesetzt daher, der Erblasser ernennt den B. in seinem Testamente zum Erben eines Drittheils seiner Verlassenschaft und äussert sich weiter gar nicht, wem denn die beiden andern Drittheile zugehören sollen; so fällt nicht etwa wie im gemeinen Rechte die ganze Erbschaft dem B zu, sondern es tritt die Familie, ihrem sonstigen Erbrechte gemäss, ohne weiters in so weit ein, als eben nicht durch das Testament etwas Abweichendes verfügt ist.

2. Ausserdem sind Bestimmungen möglich über die Erbtheilung der natürlichen Erben, z. B. darüber, ob und in wie weit Auslagen, die der Vater für eines seiner Kinder noch bei Lebzeiten gehabt, diesem an seinem Erbtheile anzurechnen seien, zu welchen Preisen dieses oder jenes Stück der Erbschaft anzusetzen sei, welche Bestandtheile der Erbschaft dem einen, welche andere dem andern Erben angewiesen werden sollen u. s. f.

3. Eine Enterbung d. h. Ausschliessung eines natürlichen Erben, ist insofern durch dieselbe das sehr ausgedehnte Recht der Erben auf einen Pflichttheil beseitigt wird, nur zulässig aus „genugsamen am Rechten bestehenden Ursachen[349].“ Im gemeinen Rechte sind die Enterbungsgründe bekanntlich einzeln aufgezählt, bei uns nicht. Sie werden daher durch richterliches Ermessen im einzelnen streitigen Falle bestimmt. Da indessen unser ganzes Erbsystem sich weit enger an die Verbindung der Familienglieder unter sich anschliesst, und mit grösserer Sorgfalt den natürlichen Verwandten die Erbschaft zu erhalten bemüht ist, als das

---

349) Erbrecht von 1716. Th. III. §. 10. S. 59. Vergl. das Erbrecht von Weiningen von 1637. Art. 2. (Pest. I. S. 114.): „Zum andern soll und mag Keiner wär der sye, weder wybs noch Mans Persohnen syne rächten natürlichen erben ohne rächtmässig vnd hochwichtig vrsachen nit enterben.“ Amtsrecht v. Grüningen v. 1668. Art. 12.

römische Erbrecht; so ist auch eine Enterbung, durch welche der Pflichttheil beschränkt wird, nur aus sehr erheblichen Gründen zu rechtfertigen. Dabei ist dem Geiste unseres Rechtes gemäss, besonders auf solche Gründe zu achten, welche von dem Interesse und der Bedeutung der Familie selbst hergenommen sind; sei es nun, dass die Enterbung geschieht, um desto eher das Vermögen der Familie und den Genuss des Nachlasses dem nächsten Erben zu sichern, oder sei es, dass der nächste Erbe durch seine Handlungen die Pietät gegen den Erblasser auf eine solcher Strafe würdige Weise verletzt und dadurch das Familienband, welches ihn an diesen knüpfte, zerrissen hat, oder sonst verdient, aus dem Kreise der Familie ausgeschlossen zu werden. Nur einer Anwendung, die bald mehr in die eine bald mehr in die andere, oft zugleich in beide Klassen von Fällen hinüberspielt, gedenkt das Stadt- und Landrecht ausdrücklich[350]), der nämlich, wornach der Vater seinen falliten Sohn enterbt, und statt desselben die Enkel zu Erben einsetzt, dem Sohne nur die Nutzniessung verschaffend, damit einmal das Vermögen nicht den Creditoren des Sohnes in die Hände falle, oder der liederliche Sohn nicht auch noch diess Vermögen durchbringe.

4. Das Vermächtniss (Legat) begründet lediglich eine Singularsuccession des Begabten, indem er keineswegs für Schulden des Erblassers einzustehen braucht. Es können auf solche Weise einem Dritten Eigenthum an einzelnen Sachen, oder dingliche Rechte oder Forderungen zugesichert oder Schulden erlassen werden.

Hierin unterscheidet sich nun aber wieder unser Recht von dem römischen. Das römische Testament nämlich, wie es die äussere Form des Gesetzes an sich trug, konnte auch auf diese Autorität basirt, sich eignen, um sofort Eigenthum an den legirten Sachen auf den Legatar überzutragen. Nach zürcherischem Particularrechte bedarf es dagegen auch

350) Th. X. §. 70. S. 175 aus einer Rathsverordnung von 1603 im Gerichtsbuch. Vergl. Mon. Chron. VIII. 78.

in diesem Falle der Uebergabe des Besitzes, wenn das Eigenthum an beweglichen Sachen dem Begabten erworben werden soll, und der kanzleiischen Fertigung, wenn es sich um ein Grundstück handelt. Das Vermächtniss wird daher immer nur als Auftrag aufgefasst, sei es nun an den Testamentserben, oder an den natürlichen Erben, oder an beide zugleich, einzelne Vermögensrechte dem Bedachten zu verschaffen; woraus denn zunächst ein blos obligatorisches Rechtsverhältniss zwischen dem Erben als Schuldner und dem Bedachten als Gläubiger entsteht. So wird denn auch in dem Statute[351]) das Legat erklärt, als

> eine etwelche von dem Abgestorbenen hinterlassene Verehrung, welche der Erb zu entrichten und zu bezahlen hat.

In sehr vielen Fällen wird nun freilich dieser Auftrag an bestimmte Personen gerichtet sein, die ihn, sofern sie Erben geworden sind, oder sonst etwas aus der Verlassenschaft erlangt haben, erfüllen sollen. Es ist aber ebenso möglich, dass ganz allgemein den Erben die Verpflichtung auferlegt oder ohne alle Erwähnung der Belasteten einfach der Bedachte genannt wird. In diesen und überhaupt in Zweifelsfällen sind dann immer die wirklichen Erben ohne Unterschied, ob ihr Erbrecht auf natürliche Verwandtschaft oder Erbeinsetzung beruhe, gleichmässig in Anspruch zu nehmen, und es haftet jeder nach der Grösse seines Erbantheils. Diese Sätze, die im gemeinen Rechte freilich ganz anders lauten müssen, passen doch gut zu dem ganzen Charakter unsers Erbrechtes als eines schon durch die Familie geordneten und durch das Testament nur theilweise modificirten. Die Bestimmungen des Testamentes beziehen sich darum auch nicht blos auf die im Testamente noch hinzugefügten, sondern auch auf die im Testamente — wenn schon stillschweigend — vorausgesetzten natürlichen Erben.

Der Anspruch auf das Vermächtniss wird unmittelbar durch den Tod des Erblassers dem Begabten erwor-

---

351) Th. III. §. 2. S. 48.

ben, und seine Forderung geht, wenn er nachher stirbt, ohne weiters auf seine Erben über[352]), beides in stärker wirkender Weise als im römischen Recht. Denn indem die Erben sofort schon durch den Tod des Erblassers Erben werden, dem Rechtssprüchworte: „Der Todte erbt den Lebendigen," gemäss: so ist auch das Legat selbst schon zur Zeit des Todes erworben und kann sofort geltend gemacht werden.

5. Ein von dem Legate verschiedenes Fideicommiss wird in unserm Stadterbrechte erwähnt und offenbar so definirt[353]), dass man erkennt, wie der Verfasser eine auf der Schule auswendig gelernte Erklärung des römischen Fideicommisses in das Statut hineintrug. Das Leben unterscheidet zwischen Legaten und Singularfideicommissen im römischen Sinne nicht, sondern weiss nur von einer eigenthümlichen Art der Fideicommisse, deren in dem Statute hinwieder nicht gedacht ist, die sich aber nur auf deutschem Boden und in deutscher Sitte ausbilden konnte, nämlich von den Familienfideicommissen. Diese sind denn ganz zu beurtheilen nach der gemeinen Theorie des deutschen Privatrechtes.

§. 59. Vom Pflichttheile.

1. Wenn es auch gestattet war, durch letzten Willen über die Verlassenschaft zu verfügen, so machte doch das enge Verhältniss der Familie, die voraus zur Erbschaft berufen war, eine freie Thätigkeit jenes letzten Willens über die Kreise der Familie hinaus, und unbekümmert um diese geradezu unmöglich. Sowohl das ältere Institut der Gemächde als das wieder erneuerte der Testamente konnten daher nur gedeihen, indem sie fortwährend Rücksicht

352) Erbrecht von 1716. Th. III. §. 2. S. 50.

353) Erbrecht von 1716. Th. III. §. 3. S. 51. „Ein Fidei-Commissum ist das, was einem hinterlassen wird, mit Bitt jemand anderm solches zu übergeben und zuzustellen."

nahmen auf die Aussprüche der Verwandtschaft, und sich begnügten, die Rechte dieser durch einzelne abweichende Bestimmungen zu ermässigen oder sonst zu modificiren. Hatte Jemand früher ein Gemächde errichtet, so hing es von dem zustimmenden Gerichte ab, bei dessen Errichtung schon die Einwilligung zu versagen, sobald durch die Bestimmungen desselben die Rechte der Familie gekränkt schienen, oder es wurde doch in der Folge nach dem Tode des Erblassers von dem Gerichte die Willensordnung ohne Bedenken je nach den Ergebnissen und Bedürfnissen des einzelnen Falles verändert. Später, als man mehr die Form von Testamenten aufbrachte, versuchte man, die Testirfreiheit objectiv durch allgemeine Regeln zu beschränken, und führte so zugleich einen Pflichttheil ein, welcher in allen Fällen beachtet werden muss.

2. Das Stadtrecht von Zürich stellte zuerst zu Anfang des achtzehnten Jahrhundertes ein vollständiges System des Pflichttheiles[354]) auf, welches denn in der Folge allmählig zum gemeinen Rechte des Kantons wurde. Merkwürdig ist es indessen immerhin, dass dieses Statut die Testirfreiheit in materieller Hinsicht noch in stärkerem Maasse verminderte, als das ältere Recht sie gehemmt hatte.

Der Unterschied zwischen ererbtem und errungenem Gute gerade in dieser Hinsicht war von jeher bedeutend, und noch im siebzehnten Jahrhunderte[355]) stand es in der Praxis ziemlich fest, dass Jeder über sein vorgeschlagenes Vermögen wenigstens nach Belieben schalten könne. Das Erbrecht von 1716 beschränkt aber auch die Befugniss, über die Errungenschaft zu verordnen, sehr bedeutend, wenn es schon auf der andern Seite allerdings eine etwas freiere Disposition über diese als über das Erbgut verstattet.

---

354) Erk. v. 1. Febr. 1712 im Unt. Man. Erbr. von 1716. Th. I. §. 10. S. 14.

355) Vergl. St. M. v. 3. Aug. 1605: „Es ist bishero bräuchig gewesen, dass Einer das Gut, so Er vorschlagt oder erübriget, vermachen mögen, wem er es gönnt."

Unter Erbgut haben wir dann in diesem Gegensatze Alles zu verstehen, was dem Erblasser von Seite seiner Anverwandten auf dem Wege des Erbganges zugekommen ist; denn was man als Familienglied ererbt hat, das soll man auch vorzugsweise wieder der Familie hinterlassen. Was dagegen von dritten Personen, wenn auch vielleicht durch Testament, oder zwar von Verwandten, aber nicht auf dem Wege der Erbfolge noch mit Rücksicht auf das natürliche Erbrecht erworben worden ist, das bildet dann schon einen Bestandttheil der Errungenschaft, wie denn überhaupt Alles zur Errungenschaft gehört, was nicht Erbgut ist. Auf den ererbten Pflichttheil lässt sich der Begriff des Erbgutes nicht beschränken, denn jener bezeichnet nur den Theil der Erbquote, welcher dem natürlichen Erben nicht entzogen werden darf, nicht aber den ganzen Erbantheil, der ihm zunächst — und abgesehen von dem Privatwillen des Erblassers — gebührt. Somit ist jedenfalls alles als Erbgut anzusehen, was dem gesetzlichen Erbrechte gemäss dem jetzigen Erblasser als vormaligem Erben zukam. Aber auch das, was ihm darüber hinaus durch Testament zugetheilt wurde? Was er mehreres über seine gesetzliche Erbquote hinaus erhalten hat, ist ihm zugekommen, nicht weil er als Anverwandter seines Erblassers der natürliche Erbe desselben war, sondern wie es jedem Dritten auch hätte zugetheilt werden können. Er hat mithin dieses Mehrere nicht in seiner Stellung als Familienglied erhalten, sondern aus individuellen Rücksichten. Somit dehnt sich das Erbgut auch nicht darüber hinaus. Ob denn aber dem Erblasser seine gesetzliche Erbquote durch Intestaterbfolge oder durch testamentliche Verfügung oder in Form einer anticipirten Beerbung z. B. als Aussteuer zugekommen sei, das ist für den Begriff des Erbgutes gleichgültig; denn alle diese Formen bewahren den Charakter der Beerbung. Der Erwerb einer statutarischen Portion dagegen begründet kein Erbgut[356]).

356) Vergl. Erbr. v. 1716. Th. III. §. 5. S. 51. „Bey allen Erbs-Theilungen soll als Erbgut angesehen und gehalten werden das, was von Väter-

3. Ausser dem Unterschiede zwischen Erbgut und Errungenschaft wirkt dann noch in der Seitenlinie die Nähe des Verwandtschaftgrades, in welchem der Erbe zu dem Erblasser steht, auf die Grösse des Pflichttheils. Hier ist daher vornämlich der Ort, von der Zürcherischen Gradzählung zu sprechen. Diese ist ganz der römischen nachgebildet, nur mit dem sonderbaren Unterschiede, dass jede neue Zeugung, die im römischen Rechte einen Grad bildet, in dem unserigen nur für einen halben Grad gezählt wird.

Zu dem Systeme unsers Erbrechtes aber, wornach immer die Parentelen, und somit die Descendenz innerhalb einer Parentel zur Erbschaft gelangt, passt nun eine solche Gradzählung, welche auf die Parentelen keine Rücksicht weder nehmen kann noch nehmen will, in keiner Weise; und es ist gewiss unnatürlich, wenn wir auf der einen Seite nach jener Zählung von dem Vatersbruder sagen, er sei im anderthalben Grade dem Erblasser verwandt, von dem Brudersenkel, er sei im zweiten Grade verwandt, auf der andern Seite aber den Letzteren vor dem Ersteren zur Erbschaft zulassen.

Wie erklärt sich denn jene eigenthümliche Zählung der halben Grade, welche das Erbsystem eher verwirrt als aufklärt? Aus diesem konnte sie unmöglich hervorgegangen sein, da sie so wenig damit übereinstimmt, und überdiess die ältere Zählung der einzelnen Glieder oder Linien innerhalb jener Parentel vollkommen genügt hat. Ich weiss keinen andern Aufschluss zu geben, als die Vermuthung, dass in späterer Zeit auch hier wieder das Verständniss des alten einheimischen Rechtes durch die Schultheorien vom römischen Rechte verdunkelt worden war, und unsere Juristen so die römische Gradzählung auch für unser Recht zu Grunde legten. Sich aber genau an das römische Recht zu halten, schien wieder nicht zu gehen, weil man nun

---

oder Mütterlicher Linie herkommt: hingegen ist gewunnen und errungen Gut, was man durch Heurath, oder von fremder Hand her bekommt, oder durch Gottes kräftigen Segen, mit Handarbeit erworben hat."

einmal daran gewöhnt war, von den Geschwistern zu sagen, sie seien im ersten Gliede, während sie nach römischer Zählung doch schon im zweiten Grade standen. Das erklärten sich denn jene so, dass das Zürcherische Recht nur halbe Grade rechne, wo das römische ganze, und so wurde denn die alte viel bessere Rechnungsweise jämmerlich verdorben. Es ist an der Zeit, wieder zu derselben zurück zu kehren.

4. Das System unseres Pflichttheils ist nun kurz zusammengedrängt folgendes:

1) Den Descendenten muss der Erblasser zunächst seinen ganzen Nachlass, Erbgut und Errungenschaft zurück lassen, mit folgenden Ausnahmen:

a) Ueber einen Viertel seiner Errungenschaft darf er zu Gunsten eines seiner Kinder oder Enkel, nicht aber zu Gunsten eines Dritten frei verfügen, vorausgesetzt, dass alle Descendenten nur aus Einer Ehe abstammen, im entgegengesetzten Falle darf er nur über einen Fünftel disponiren.

b) Vermächtnisse, welche zusammen zu der ganzen Verlassenschaft in einem passenden, immerhin aber geringen Verhältnisse stehen, dürfen auch in diesem Falle an dritte Personen oder Stiftungen vergeben werden.

2) Eben so ist auch gegenüber den Ascendenten das Mass des Pflichttheils gleich der Erbportion, mit der so eben angeführten Beschränkung.

3) In der Seitenlinie ist den Geschwistern oder verstorbener Geschwister Kindern oder Enkeln das Erbgut ganz und überdem ein Viertel der Errungenschaft ungeschmälert zu hinterlassen.

4) Den Erben des zweiten Grades das ganze Erbgut. Hier zeigt sich nun deutlich, wie verkehrt jene Gradzählung sei. Die Enkel eines vorverstorbenen Bruders sind auch im zweiten Grade mit dem Erblasser verwandt, aber sie stehen noch in der väterlichen Parentel; während die Geschwisterkinder, die das Sta-

tut hier besonders im Auge hat, schon zur grossväterlichen Parentel gehören. Daher trotz der für den Pflichttheil sonst entscheidenden Gradzählung die durch die Natur des Erbrechtes geforderte Abweichung von derselben.

e) Die Erben des ditthalben Grades haben noch das halbe Erbgut,

f) Die des dritten Grades einen Dritttheil des Erbgutes zu fordern.

Erst von da an beginnt völlige Testirfreiheit[357]).

§. 60. Aufhebung des letzten Willens.

1. Der im Testamente ausgesprochene Wille gilt als letzter Wille. Jedes spätere Testament hebt somit das frühere auf; indessen ist es nicht schon die blosse Form eines späteren Testamentes, mit welcher sich der Fortbestand eines ältern nicht verträgt, sondern der Inhalt. Wenn sich daher die in einem neuern Testamente geäusserte Willensmeinung nur modificirend oder ergänzend verhält zu der früher ausgesprochenen Verordnung, so können füglich die beiden Testamente neben einander fortbestehen. Im Zweifel muss man indessen eher geneigt sein zu der Annahme, dass der letzten Testamentserrichtung auch ein neuer Wille zu Grunde liege, somit der früher ausgedrückte nicht mehr der letzte Wille sei[358]).

2. Abgesehen von der Errichtung eines neuen Testamentes genügt auch jeder in beliebiger Form geäusserte Widerruf, um die Wirksamkeit eines älteren Testamentes zu zerstören[359]).

3. Die Geburt eines Leibeserben nach der Testamentserrichtung, insofern desselben nicht gedacht ist, wirkt ebenfalls Zerstörung[360]). Es kommt aber wieder

357) Erbr. von 1716. Th. I. §. 10. S. 14—17.
358) Erbr. von 1716. Th. I. §. 9. S. 11. Th. III. §. 2. S. 50.
359) Erbr. vom 18. April 1631 im St. M. und die vorhin angef. Stellen.
360) Erbr. von 1716. Th. I. §. 9. S. 12.

mehr auf materielle als auf formelle Verhältnisse an.

Der Grund nämlich, aus welchem hier ein an sich ganz gültiger letzter Wille hinterher alle Kraft verliert, beruht am Ende doch nur theils auf einer Willensintepretation des Erblassers, indem vorausgesetzt wird, hätte der Erblasser davon Kenntniss gehabt, dass ihm in der Folge noch ein Descendent geboren werde, so hätte er auf diesen Rücksicht genommen, theils auf die Vorsorge für den Nachgebornen, indem nach den Grundsätzen über den Pflichttheil ihm jedenfalls ein Erbtheil gebührt. Davon ausgehend, können wir denn aber wohl behaupten, dass sobald dieses Verhältniss, dessen Dasein das Testament gefährdet, selbst beseitigt ist, auch dieses fortbestehen kann.

Gesetzt daher, das nachgeborne Kind würde vor dem Erblasser wieder sterben, so wäre kein Grund, das Testament desshalb für ungültig zu erklären, weil darin jenes Kindes nicht gedacht war. Eben so halte ich auch dann das Testament für gültig, wenn in demselben der Sohn A. gehörig eingesetzt ist, dann aber vor seinem Vater, dem Erblasser, und mit Hinterlassung eigener Kinder verstirbt, deren im Testamente nicht besonders gedacht war; denn es rücken diese ohne Bedenken an seine Stelle, und erhalten so, was ihnen gebührt. Endlich ist wieder kein Grund, Ungültigkeit des Testamentes zu behaupten, wenn der Nachgeborne (postumus) selbst das Testament anerkennt. Somit zeigt sich in mancherlei Fällen, wie relativ die Natur dieser Ungültigkeit ist.

4. Wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen, was ihnen immerhin frei steht, so verliert natürlich wieder das Testament, so weit es sich auf Beerbung bezieht, seine Wirksamkeit hinterher, nicht aber in seinen übrigen Bestimmungen, indem auch die nun folgenden gesetzlichen Erben namentlich die Vermächtnisse anerkennen müssen, insoweit sie nicht ihren Pflichttheil verletzen [361]).

361) Erbr. von 1716. Th. I. §. 9. S. 12.

§. 61. Erbvertrag.

Der Gegensatz zwischen Testament und Erbvertrag liegt darin, dass das Testament eine einseitige Willenserklärung des Erblassers enthält, der Erbvertrag aber die Erbfolge in Form eines zweiseitigen Willens regulirt. Im erstern Falle ist der Wille des Erblassers ein fortwährend freier. Jeden Augenblick kann er hinterher seinen ausgesprochenen Willen widerrufen. Im letztern Falle dagegen ist sein Wille gebunden durch den Willen des andern, mit dem er sich darüber vertragen hat.

Dergleichen Erbverträge kommen auch in unserm Rechte vor, aber nicht so, dass schon der blosse formlose Vertrag über Erbfolge als solcher die Kraft eines Erbvertrages hätte. Es hat sich hier unser Recht frei erhalten von der Theorie, deren Verkehrtheit Beseler wieder auf so überzeugende Weise dargethan hat. Vielmehr bedarf der Erbvertrag immer derselben äussern Form, welche das schriftliche Testament erfordert. Ohne diese Form kann er zwar auch wirken, aber nicht so, dass er die Succession bestimmt, sondern nur obligatorisch, so weit hier obligatorische Verhältnisse denkbar und zulässig sind.

Mit Bezug auf den möglichen Inhalt, so ist auch in dieser Form der Wille des Erblassers durch die Lehre vom Pflichttheile in gleicher Weise beschränkt, wie der im Testamente ausgesprochene letzte Wille.

Der Inhalt des Erbvertrages kann wieder verschiedenartig sein. Es kann darin liegen eine Erbeinsetzung (Erbeinsetzungsvertrag) oder ein Vermächtniss zu Gunsten dessen, der mit dem Erblasser einen Vertrag schliesst (Vermächtnissvertrag)[362], oder eine Enterbung, die sich denn aber hier, weil der Erbe in den

362) Vergl. darüber meine Recension von Beselers Lehre von dem Erbvertrag in den Hallischen Jahrbüchern 1838, S. 1319.

Verlust seines Erbrechtes einwilligt, immer als Erbverzicht darstellt.

Die häufigste Anwendung der ersten beiden Arten des Erbvertrages im Leben ist das sogenannte gegenseitige Testament der Ehegatten. Und zwar wird auch da selten nur ein Erbeinsetzungsvertrag darin liegen, bei weitem häufiger ein blosser Vermächtnissvertrag; solches nämlich in den so sehr häufigen Fällen, wenn der eine Ehegatte dem andern und umgekehrt die lebenslängliche Nutzniessung an seiner Verlassenschaft oder einem Theile derselben vermacht.

Dass dieses gegenseitige Testament nur dem Namen nach ein Testament, in Wahrheit aber ein Erbvertrag sei, ergibt sich daraus, dass der Wille des einen Ehegatten durch den des andern gebunden ist, und zwar nicht etwa bloss scheinbar, so dass, wenn der eine seinen Willen ändert, dann auch das Testament des andern ungültig wird, sondern wirklich so, dass kein Ehegatte ohne die Zustimmung des andern, mit welchem er gemeinschaftlich eine letzte Willensordnung aufgerichtet hat, widerrufen darf. Der Beweis dafür liegt in folgender Hauptstelle:

> St. E. R. Th. I. §. IX. 5. S. 14. Wann zwey Ehemenschen mit vereinbartem Willen testamentliche Vermächnussen oder auch Heirathsverträge gegen einander aufgerichtet, welches dann durch ein gemeinsamlich- oder aber zwey gleichlautende Instrumente geschieht (d. h. entweder in Einer Urkunde oder unter Ausfertigung zweier das ganze Geschäft umfassender Originalurkunden) mag keines ohne des andern Vorwissen und Gefallen solche widerrufen, aufheben noch ändern, sofern nemlich solche Aenderung dem andern Ehemenschen zum Nachtheil und Schaden gereichen würde[363]).

Der Erbverzicht kann in verschiedener Weise vorkommen, sei es ohne alle Gegenleistung, so dass der natürliche Erbe durch Vereinbarung mit dem Erblasser sein Erbrecht fahren lässt, oder sei es mit einer Gegenleistung

---

363) St. E. R. Th. II. §. 7. S. 32.

verbunden. Diese kann denn wieder entweder in einem Vermächtniss bestehen, oder aber schon unter Lebenden ein Vermögensrecht auf den Verzicht leistenden Erben übertragen. So z. B. eine Tochter verzichtet auf ihr zukünftiges Erbrecht in der Verlassenschaft ihres Vaters gegen Zusicherung eines in einer Summe Geldes bestehenden Vermächtnisses. Oder sie verzichtet darauf gegen sofortige Bezahlung einer Summe. In jenem Falle äussert sich die Wirkung des Erbvertrages erst zur Zeit des Todes des Vaters: sie erhält das Vermächtniss nur, wenn sie den Tod desselben erlebt. Im erstern Falle mag zwar die Verzichtleistung noch immer die Natur eines Erbvertrages haben, insofern als die Tochter — auch wenn sie den Tod des Vaters erlebt — doch kein Erbrecht mehr hat. Aber der andere Theil des Vertrages gehört ganz und gar in den Bereich obligatorischer Verhältnisse unter Lebenden, und verlässt somit die dem Erbvertrage zunächst angewiesene Sphäre. Gerade darum wird es denn aber passender sein, den Effekt auf dem Wege einer Obligatio zu suchen.

Immer aber kann der wahre Erbverzicht nur wirken gegenüber der Person des Verzichtenden, nicht aber gegenüber andern Erben, welche zur Zeit des Todes des Erblassers aus eigenem Rechte succediren. Denn sein Object ist nur und kann nur sein Zerstörung des Erbrechtes des Verzichtenden. Sollen somit weitere Wirkungen auch auf die Erben desselben erlangt werden, so genügt der Erbvertrag nicht, sondern es muss dann auf obligatorischem Wege geholfen werden: was in der Regel durch den Erbauskauf geschehen wird, der nach Analogie des Kaufes zu behandeln ist.

FÜNFTES BUCH.

Von der schweizerischen Revolution bis zur Gegenwart.

Vom Jahre 1798 *bis* 1838.

---

§. 1. Historische Einleitung.

Unter Erschütterungen und Leiden rang sich die neue Zeit aus der alten los. Auf Jahrhunderte des Stillstandes, oder richtiger der Abzehrung des mittelalterlichen Staatsorganismus, folgten Jahrzehende der Bewegung und des Aufkeimens der modernen Entwicklung. Noch sind wir erst im Anfange dieser neuen Gestaltung. Und wie vieles wurde schon in dieser kurzen Anfangsperiode versucht und wieder verworfen, eingeführt und wieder verändert!

So verworren und willkürlich aber dem ersten Blicke diese Verfassungskämpfe und ihre Resultate scheinen mögen, der gemeinsame, in der Tiefe liegende moderne Geist tritt doch überall bestimmend und entscheidend hervor. Ihn zu verstehen, sich seiner bewusst zu werden, ist die Hauptaufgabe der neuen Zeit. Sie wird aber erst gelöst sein, wenn auch die Geschichte der neuen Zeit selbst über die Anfänge hinaus fortgeführt und zu voller Reife gediehen sein wird.

Auf die moderne Staatsentwicklung hat die Theorie einen ausserordentlichen Einfluss geübt, einen weit stärkern als je in früherer Zeit. Die Theorie mit ihren Wahrheiten und Irrthümern, bald Ideen, bald Träumen folgend, traute

sich das Höchste zu. Sie vermass sich, das Leben plötzlich und durchgreifend umzugestalten. Sie wähnte, unbekümmert um die Individualität eines gegebenen Staates, durch erfundene Verfassungen demselben wie weichem Thone jede beliebige Form geben und durch die äussere Form den Geist desselben, sofern man überall noch an Geist dachte, bilden zu können.

Und was war das für eine Theorie? Sie beruhte auf der abstracten Vorstellung des Menschen als eines vernünftig-sinnlichen Wesens, sie ging aus von der Freiheit des Subjectes und der Gleichheit Aller. Nicht bloss mit der Vernunft hoffte sie die Wahrheit zu erkennen, sondern sie meinte aus der Vernunft die Wahrheit erzeugen zu können. Gott und Welt gedachte sie in ihre Formeln hinein zu bannen.

Es bedurfte langer und schmerzlicher Erfahrungen, um die Völker misstrauisch zu machen gegen eine Theorie, welche ihnen schmeichelte und Beseitigung aller alten Uebel marktschreierisch versprach. Es dauerte auch lange, bis die Theorie ihrer eigenen Irrthümer und ihrer Beschränkung wieder sich bewusst wurde. Die Theorie selbst musste erst eine innere Umwandlung erfahren, sie musste wieder positiver und darum auch lebendiger und für das Leben passender werden.

Aber der wesentliche Unterschied wird dennoch bleiben zwischen der alten und der neuen Zeit. In dieser ist das geistige Bewusstsein zu grösserer Klarheit erwacht, die staatlichen Institutionen sind regelmässiger und berechneter, der ganze Gang des Staatslebens ist wissenschaftlicher. Nach Principien werden die Handlungen beurtheilt, Principien werden ihnen als leitende Motive zu Grunde gelegt. Die öffentliche Meinung hat gerade desshalb eine so starke Macht erlangt, denn die öffentliche Meinung vornämlich lässt sich von der Theorie einnehmen und bewegen.

Dieses Bestreben ist der Schweiz nicht eigenthümlich. Im Gegentheile, andere Staaten sind ihr in der modernen

Richtung voran gegangen, und nur allmählig folgt sie hinterdrein.

Die Umwälzung der alten Bünde war das äussere Werk der französischen Bajonette; aber mit diesen drangen die französischen Staatstheorien als bestimmende, praktisch wirkende Macht ein. Nach dem Muster der jungen französischen Republik wurden auch die so höchst eigenthümlichen schweizerischen Staaten in eine einzige und untheilbare helvetische Republik zusammen gezogen und umgeformt. Dass eine dem bisherigen Leben und der ganzen Geschichte der Schweiz so ganz und gar widersprechende Verfassung nicht halten könne, konnte jeder denkende Mensch, der nicht in der abstracten Theorie der Franzosen seinen Verstand gefangen hatte, voraus sehen.

Napoleons Verdienst ist es, dem Verfassungswirrwarr, welchen die Parteien in der Schweiz noch vermehrt hatten, ein Ende zu machen. Er erkannte die wahre Natur des Föderativstaates, und hielt diesen Charakter fest. Man glaube nicht, dass er das moderne Element der principiengemässen Durchführung ausser Acht gelassen habe. Er verstand es zwar, mit sicherm Takte die wahren Bedürfnisse heraus zu finden, und alle praktischen Mittel, welche zu einem klar vorgesetzten Zwecke führen konnten, sich dienstbar zu machen und zu benutzen. Auch hielt er sich gar nicht ängstlich weder an politische noch an andere Principien, wo es ihm gerathen schien, um eines Erfolges willen überzugreifen. Ueber die Verkehrtheit der Theoretiker und Systematiker machte er sich oft lustig und meistens mit Recht. Dessen ungeachtet war er selbst von dem modernen Geiste beseelt, und unterstützte die neuere theoretische Denkweise, sobald sie seinen Interessen nicht geradezu entgegen trat. Zeuge dafür ist namentlich der Code Napoleon. Ein anderer Zeuge aber ist auch die Mediationsverfassung.

Ihre äussere Geltung war freilich an seine Herrschaft geknüpft. Sie war sein Werk und von ihm abhängig; sein Sturz zog auch ihre Abschaffung nach sich. Aber dem wesentlichsten Inhalte nach bestand sie doch fort, nur in neuer

Gestalt. Die Grundzüge derselben gingen grösstentheils über in den schweizerischen Bund vom Jahre 1815; und hätten die europäischen Mächte damals eben so entschieden eingreifen und ihren Willen durchsetzen wollen, wie es Napoleon früher gethan, so wäre der neue Bund der Mediationsverfassung noch ähnlicher geworden.

Wir treffen somit in allen Stadien der modernen schweizerischen Verfassung auf fremden Einfluss. Auch das ist ein Gegensatz gegen die frühere Zeit, in welcher sich die Verfassung weit mehr von Innen heraus und vorzüglich nur im Gegensatze zum Ausland gebildet hatte. Man mag diesen fremden Einfluss beklagen, und in der That ist er der nationellen Entwicklung gefährlich und hat schon oft zu Verkehrtheiten und Uebeln veranlasst. Aber mich dünkt, er ist unvermeidlich, weil er zum Wesen der modernen Staatsbildung gehört. Je weiter die Geschichte der europäischen Staaten fortschreitet, desto vielfältiger wird die Verbindung aller dieser Staaten unter einander. Die Interessen verflechten sich durch Handel und Erwerb, welche sich nicht auf enge Gränzen einschliessen lassen, sondern die Welt durchschweifen, die Beziehungen, welche gemeinsame Schicksale durch Europa hindurch geweckt haben, werden zahlreicher, der geistige Verkehr von Tage zu Tage lebhafter, der Gesichtskreis ausgedehnter, der Verstand umfassender, und selbst das Gefühl weiter und europäischer. Und hat erst die Theorie einen so gewaltigen Antheil an dem Geschicke der Staaten errungen, so ist wohl zu beachten, dass auch diese Theorie nicht in Einem Staate erwachsen, nicht auf Einen besondern kleinen Staat basirt ist, sondern grossentheils auf weitem Boden ruht. Darum kann der fremde Einfluss nicht verdrängt, nicht ausgeschlossen werden. Eine Geistessperre mitten in Europa lässt sich nicht denken, geschweige denn durchführen. Daher wäre es ein vergebliches Bemühen, den fremden, namentlich den geistigen Einfluss des Auslandes zu bekämpfen. Es kommt nur darauf an, indem man für die Richtung der modernen

Welt einen empfänglichen Sinn und ein offenes Auge behält, die hergebrachte und angborene Eigenthümlichkeit nicht zu opfern, sondern weiter auszubilden. Wie der einzelne Mensch in den lebhaftesten Verkehr mit dem Auslande tritt, in ihm Verbindungen anknüpft, dort Kenntnisse, Erfahrungen sammelt, und nicht bloss mancherlei anlernt, sondern sich aneignet, aber darum noch nicht ein anderes Individuum wird; so haben auch Völker und Staaten statt sich den Eindrücken des Auslandes zu verschliessen, dieselben zu verarbeiten, sich die Vortheile der gemeinsamen Kultur anzueignen, aber darum nicht andere zu werden, sondern vielmehr ihr nationales Wesen als das Wesentlichste und Innerlichste treu zu bewahren.

Wie die Schweiz als Ein ganzes Staatswesen in verstärkte Beziehungen zu den europäischen Staaten und ihrer Geschichte kam, so gelangten die einzelnen Kantone unter sich zu einer erhöhten inneren Verbindung. Die erste Zeit der Revolution hatte sogar aus den verschiedenen schweizerischen Staaten einen einzigen durch Ein Princip bestimmten einheitlichen Staat schaffen wollen. Der Versuch ist zwar gänzlich misslungen, aber die alten Bünde bleiben für immer gebrochen. An ihre Stelle ist Ein, alle Stände gleichmässig umfassender Bund getreten, zur Zeit der Mediation mit etwas verstärkter Centralität, zur Zeit der Restauration mit erhöhter Kantonal-Souverainität. So wurde doch das schweizerische Leben bedeutsamer, und wenn schon das kantonale Leben noch immer das reichere ist, so erstarkte doch das Bewusstseyn der Zusammengehörigkeit.

Als zwei Haupterscheinungen dieser neuen Zeit sind noch hervor zu heben: die Erhebung der gemeinen Herrschaften zu selbständigen schweizerischen Gebieten und die Aufhebung der Städteherrschaft in den Städtekantonen: jene für die Eidgenossenschaft, diese für die Kantonalgeschichte von grösster Bedeutung.

Die vormaligen Unterthanenländer der schweizerischen Orte gingen in dem einheitlichen Staate der helvetischen

Republik, welche alle Unterschiede der Gebietstheile zu tilgen suchte, in einen neuen Zustand über, sie wurden zu gleichgearteten Gliedern desselben Staates, welcher auch die frühern Herrscherkantone umfasste. Und als das kantonale Princip wieder hervorbrach und eine theilweise Herstellung der eigenthümlich gebildeten Stände bewirkte, so konnten doch die einmal getilgten Unterschiede zwischen beherrschenden und unterthänigen Ländern nicht wieder erneuert werden, so wenig als die Unterscheidungen zwischen alten und zugewandten Orten. Gleiche Kantone mit gleichen Rechten, jeder für sich selbständig, aber jeder zugleich ein Glied des Bundes, waren nunmehr über die ganze Schweiz verbreitet. Die Restauration im Jahre 1815 konnte diese wahren zeitgemässen Fortschritte nicht beseitigen; sie musste anerkennen, was inzwischen geworden war.

Eben so wichtig ist der Untergang der Städteherrschaft. Auch diese Erscheinung ist eine bleibende. Wir haben im vorigen Buche gesehen, wie wenig sich das staatsrechtliche Verhältniss der regierenden Hauptstadt Zürich zur regierten Landschaft fortbildete, wie vielmehr die Oberherrlichkeit jener immer ausschliesslicher, ängstlicher, pedantischer und steifer wurde, je mehr die Landschaft an innerer Kultur und Kräften zunahm. Ein ähnliches Missverhältniss fand sich überall in den Städtekantonen. Die Souverainetät der Städte musste daher zusammen brechen, als französische Waffen die französische Lehre von Freiheit und Gleichheit einführten. Sie konnte aber auch nicht mehr erstehen, weil sie weder ein innerliches Lebensprincip mehr besass, noch eine moderne Form sich fand, in der sie sich hätte an den Tag geben können. Die Souverainetät, welche früher in die Mauern einer Stadt eingeschlossen war, ergoss sich nun gleichmässig über den ganzen Kanton. Das ist das Wesen der Veränderungen; die einzelnen Kämpfe über das Verhältniss, welche die Geschichte der verschiedenen Verfassungsänderungen vornemlich begleitet haben, die Schwankungen, Uebertrei-

bungen auch Roheiten, welche von Zeit zu Zeit sich ergeben haben, sind ausserwesentlich und vorübergehend.

Dass diese Umwandlung auf dem Wege der Revolution erzwungen wurde und nicht auf dem der Reform, welche schon vor Jahrhunderten hätte vorbereitet werden können, sich friedlich gestaltete, ist freilich ein grosses Uebel, das die Nachkommen noch schwer empfinden. Alle Klagen darüber sind indessen vergeblich, so vergeblich, wie alle Versuche die Geschichte ungeschehen zu machen. Es kommt für die Zukunft Alles darauf an, einen festen Boden wieder zu gewinnen und auf sicherer Grundlage der modernen Entwicklung gemäss fortzubauen. Die Souverainität der Kantone und die politische Gleichstellung der Stadt- und Landbürger stehen nun fest; beide aber hindern nicht, dass die Hauptstädte als vorzugsweise Leuchtpunkte jeglicher Cultur die Landschaft geistig erleuchten und erwärmen.

§. 2. Die Verfassungen der Revolution vom Jahr 1798 bis 1802.

Am weitesten im Sinne der Einheit des Staates geht gleich die erste Verfassung der Revolution vom 12. April 1798[1]). Von dem Baseler Ochs zu Paris entworfen, trägt sie ganz das Gepräge der damaligen französischen Verfassung vom 23. September 1795. Als ob sich Verfassungen wie modische Kleider verschreiben und anziehen liessen!

Der französischen Republik, une et indivisible, ist die Eine und untheilbare helvetische Republik nachgebildet. Gleich im Eingange dieser helvetischen Verfassung (deren Name schon den gallischen oder keltischen Ursprung ominös verräth[2]), heisst es: „es gibt keine Grenzen mehr

1) Abgedruckt sind diese und die spätern Bundesverfassungen in der Schrift: Die sieben Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1798 bis 1815. Zürich 1838.

2) Die deutschen Schweizer haben kein oder doch nur ein äusserst geringfügiges keltisches (helvetisches) Element in sich.

„zwischen den Kantonen und den unterworfenen Landen, „noch zwischen dem einen Kanton und dem andern. Die „Einheit des Vaterlandes und das allgemeine Interesse ver„tritt künftig das schwache Band, welches fremdartige, un„gleiche, in keinem Verhältnisse stehende, kleinlichen Loka„litäten und einheimischen Vorurtheilen unterworfene Theile „zusammenhielt und aufs Gerathewohl leitete. So lange alle „einzelnen Theile schwach waren, musste auch das Ganze „schwach sein. Die vereinigte Stärke Aller wird künftig „eine allgemeine Stärke bewirken."

Die letztere Prophezeihung schlug fehl. Der ganze Grundgedanke aber beweist, dass die Urheber dieser Verfassung das Wesen der Eidgenossenschaft gänzlich verkannten.

Dem fremden Princip der Einheit gegenüber machte sich nunmehr das naturgemässe Princip des Föderalismus erst im Stillen dann immer offener und in immer weitern Kreisen geltend. Die folgenden Verfassungen und Verfassungsentwürfe vom 29. Mai 1801, 24. Weinmonat 1801, 27. Hornung 1802 und 20. Mai 1802 enthalten alle immer weiter gehende Modificationen und Annäherungen an den Föderalismus. Aber keine konnte aufkommen noch sich halten. Denn noch immer setzten sie zuerst die Einheit des Staatsorganismus fest, und liessen die einheitlichen Gewalten nur beschränken durch die Kantone, während der Föderalismus umgekehrt zunächst Selbständigkeit der Kantone forderte und auf diese Basis die Centralität der Bundesgewalt gründen wollte. Auf Seite der Einheitsmänner kämpften vorzüglich die modernen Demokraten und die, welche sich der Revolution und ihren Principien ergeben hatten, auf Seite der Föderalisten die alten Aristokraten der Städte, die alten Demokraten der Länder, und wer sonst an den gestürzten Verfassungen hing. Jene hatten die damals herrschende abstracte französische Theorie, diese die Geschichte und Bedürfnisse der Eidgenossenschaft für sich. Darum konnte den Letztern der Sieg nicht entgehen, indem die Volksstimmung sich zuletzt zu ihren Gunsten aussprechen musste.

Wenn nun aber schon in dieser Hauptfrage die alte Partei entschieden und dauernd gesiegt hatte, so unterlag doch die moderne Staatsentwicklung keineswegs. Mit der falschen abstracten Theorie wurde der Einfluss der wahren positiven Theorie nicht gebrochen noch die neuere Entwicklung verhindert, sondern nur gestört, und in den wesentlichsten Dingen ging sie auch in die folgenden Verfassungen über, welche den föderalen Gesichtspunkt festhielten. Viele aufgeklärte Männer, welche zuvor die Einheitsplane geholfen hatten ins Werk zu setzen, überzeugten sich später selbst von ihrem Irrthume, so dass in der Folge der Föderalismus unter Staatsmännern aller Farben entschiedene Anhänger fand.

Die Trennung der drei Gewalten, der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt, welche in der Einheitsverfassung ein- und grossen Theils auch durchgeführt ward, ging dann, als später die Centralgewalt nicht mehr den ganzen Staatsorganismus umfasste und durchdrang, in diejenigen Kantonalverfassungen über, in denen fortgeschrittene Bildung und vervielfältigte Bedürfnisse die moderne Gestaltung unterstützten; und darin lag denn wohl ein wesentlicher Fortschritt. Im Einzelnen kamen zwar Inconsequenzen auf der einen Seite, Uebertreibungen, welche hinwieder die Einheit des Organismus gefährdeten, auf der andern Seite häufig genug vor, und noch jetzt ist die Anwendung jenes Princips weder zur vollen Reife gediehen noch zu ungetrübter Harmonie gelangt; aber die Richtung, welche die neuere Zeit in dieser Beziehung verfolgte, wurde schon 1798 im Wesentlichen dauernd bezeichnet.

Als Repräsentant dieser schweizerischen Revolutionsverfassungen mag ein Abriss der von 1798 dienen. Ich wähle gerade diese, nicht allein weil sie die consequenteste ist und den stärksten Gegensatz zu allen föderalen Verfassungen bildet, sondern auch weil sie trotz ihres kurzen dreijährigen Bestandes ungleich länger dauerte, als die übrigen ähnlichen Versuche.

Die Gesammtheit der Bürger wird als Souverain der helvetischen Republik bezeichnet. Die Verfassung derselben als eine repräsentative Demokratie. Unter den einleitenden Hauptgrundsätzen sind noch besonders folgende zu erwähnen:

1) „Die natürliche Freiheit des Menschen ist un„veräusserlich. Sie hat keine andern Grenzen als die Frei„heit jedes andern und die Verfügungen, welche das allge„meine Wohl unumgänglich erheischt, jedoch unter der Be„dingung, dass diese unumgängliche Nothwendigkeit rechts„kräftig erwiesen (!) ist." (Art. 5.)

2) „Die Gewissensfreiheit ist uneingeschränkt. — „Jede Art von Gottesdienst ist erlaubt, wenn er die öffent„liche Ordnung nicht stört, und nicht Herrschaft oder Vor„zug verlangt. Jeder Gottesdienst steht unter der Aufsicht „der Polizei." (Art. 6.)

3) Zusicherung der Pressfreiheit.

4) „Es gibt keine erbliche Gewalt, Rang noch Ehren„titel. Die Strafgesetze sollen jeden Titel und jedes Insti„tut untersagen, welches an Erblichkeit erinnert." (Art. 8.)

5) „Der Staat hat kein Recht auf das Privateigen„thum, ausgenommen in dringenden Fällen, wenn dasselbe „zum allgemeinen Gebrauch unentbehrlich ist und gegen ge„rechte Entschädigung." (Art. 9.)

6) „Ein Jeder, der durch gegenwärtige Staatsverfas„sung das Einkommen einer Stelle oder Pfründe verliert, „soll als Entschädigung eine lebenslängliche Rente er„halten." (Art. 10.)

7) „Die Auflagen müssen mit dem Vermögen, den „Einkünften und der Einnahme der Steuerbaren im Verhält„niss stehen, jedoch kann dieses Verhältniss nicht ganz ge„nau sein." (Art. 11.)

8) Die Besoldungen der öffentlichen Beamten sollen „mit der Arbeit und den Talenten im Verhältniss stehen, „welche ihre Stelle erfordert." (Art. 12.)

9) „Kein liegendes Gut kann unveräusserlich erklärt „werden, weder für eine Corporation oder für eine Ge-

„sellschaft, noch für eine Familie. — Der Grund und Bo-„den kann mit keiner Last, Zins oder Dienstbarkeit be-„schwert werden, wovon man sich nicht loskaufen könnte." (Art. 13.)

Für die Wahlen, Gerichtsbarkeit und Verwaltung wird das Land Helvetien in Kantone, Distrikte, Gemeinden und Sektionen der Gemeinden eingetheilt, dabei aber angedeutet, dass die Eintheilung eine bloss äusserliche mechanische, nicht eine innere organische sein solle. Als Hauptstadt wird vorläufig Luzern bezeichnet, wohl auch weniger aus Rücksicht auf die Bedeutung dieser Stadt, als vielmehr aus mathematischen Gründen. In Verbindung mit Graubündten werden folgende 22 Kantone unterschieden: Wallis, Leman, Freyburg, Bern (ohne das Waatland und das Aargau), Solothurn, Basel, Aargau, Luzern, Unterwalden, Uri, Bellinzona, Lugano, Rhätien, Sargans, Glarus, Appenzell, Thurgau, St. Gallen, Schaffhausen, Zürich, Zug und Schwyz.

Als Schweizerbürger gelten alle bisherigen Bürger einer Stadt oder Dorfes, die ewigen Hintersässen und die in der Schweiz gebornen Hintersässen. Zwanzigjährige Wohnung in der Schweiz verschafft auch dem Fremden das Schweizerbürgerrecht. Die politische Mündigkeit beginnt mit zurückgelegtem zwanzigsten Altersjahre. In den Primarversammlungen der Bürger wird über Annahme oder Verwerfung der Staatsverfassung abgestimmt, und werden die Wahlmänner, auf hundert Bürger je einer, für ein Jahr bezeichnet. Die Wahlmänner eines jeden Kantons erwählen die Deputirten für das gesetzgebende Corps, die Richter des Kantonsgerichts, die Richter des obern Gerichtshofes und die Mitglieder der Verwaltungskammer.

Die gesetzgebende Gewalt wird von zwei helvetischen Räthen ausgeübt, dem Senate und dem grossen Rath. Der Senat besteht aus den gewesenen Direktoren und vier Deputirten jedes Kantons. Wählbar sind verheirathete oder im Witwenstande lebende Bürger über 30 Jahre, welche

zuvor ein höheres Staatsamt bekleidet haben. Der grosse Rath besteht aus einer grössern Zahl von Abgeordneten der Kantone, das erste Mal aus je acht Bürgern, die wenigstens 25 Jahre alt sind. Die Mitglieder des Senats werden auf acht, die des grossen Rathes auf sechs Jahre gewählt. Jeder Rath hat ein eigenes Lokale, eine Wache und ein besonderes Kostüme. In keinem Falle dürfen sich die Räthe in Einem Saale vereinigen. Die Polizei wird von jedem Rathe für seine Sitzungen selbst ausgeübt. Die Sitzungen sind öffentlich; jeder Rath kann sich aber in ein geheimes Comité verwandeln. Mit grosser Umständlichkeit redet die Verfassung von den Formen, unter denen allein ein Mitglied eines gesetzgebenden Rathes vor Gericht gezogen werden dürfe, behandelt dagegen die Formen der eigentlichen Geschäftsthätigkeit der Räthe sehr kurz. Der grosse Rath erlässt blosse Beschlüsse. Erst durch die Genehmigung des Senates werden sie zu Gesetzen oder Dekreten. Der Senat kann aber nur den ganzen Beschluss genehmigen oder verwerfen[3]).

Die gesetzgebenden Räthe genehmigen oder verwerfen ferner alles, was die Finanzen, den Frieden und den Krieg betrifft, können aber über diese Gegenstände nicht ohne einen Vorschlag des Direktoriums berathschlagen. In keinem Falle dürfen sie vollziehende oder richterliche Gewalt ausüben.

Die vollziehende Gewalt ist einem aus fünf Mitgliedern bestehenden Vollziehungs-Direktorium übertragen. Jährlich fällt ein Mitglied aus, und ist für so lange nicht wieder wählbar, als es das Amt bekleidet hat. Die Wahl selbst ist complicirt. Beide gesetzgebende Räthe und das Loos haben daran Antheil. Um gewählt werden zu können, muss man ein Alter von 40 Jahren erreicht haben, und verheirathet oder Wittwer sein. Für die Folge

---

3) Vergl. Kortüm Rückblick auf den innern Entwicklungsgang der helvetischen Republik im schweizerischen Museum v. Gerlach, Hottinger und Wackernagel. Bd. II. S. 5.

soll überdem der Kandidat eine höhere Staatsstelle bekleidet haben. Das Direktorium sorgt für die äussere und innere Sicherheit des Staates und verfügt über die Kriegsmacht. Kein Direktor darf aber selbst die Truppen kommandiren. Er kann die Räthe einladen, einen Gegenstand in Betracht zu ziehen, besiegelt, promulgirt und vollzieht die Gesetze, leitet die Unterhandlungen mit den fremden Mächten, verwaltet die Finanzen, und legt darüber den Räthen Rechenschaft ab. Er ernennt die sämmtlichen Officiere der Armee, die Minister uud diplomatischen Agenten, die Kommissarien der National-Schatzkammer, die Regierungs-Statthalter, Präsidenten, öffentlichen Ankläger und Schreiber des obern Gerichtshofes, die Obereinnehmer der Einkünfte der Republik. Die Verfassung fordert die Mitwirkung von vier Ministern; nämlich eines Ministers für die auswärtigen Geschäfte und das Kriegswesen, eines Ministers der Gerechtigkeitspflege und der Polizei, eines Ministers der Finanzen, des Handels, des Ackerbaues und der Handwerke, und eines Ministers der Wissenschaften, Künste, öffentlichen Gebäude, Brücken und Strassen. Später wurde aber von der Erlaubniss der Verfassung Gebrauch gemacht, und die Zahl der Minister auf sechs erhöht, nämlich für das Aeussere, den Krieg, die Justiz und Polizei, die Finanzen, das Innere und die öffentliche Erziehung[4]).

In den obersten Gerichtshof wird von jedem Kanton je auf 4 Jahre ein Mitglied gewählt. Der Gerichtshof richtet über die Mitglieder der gesetzgebenden Räthe und des Direktoriums, ausser in Kriminalsachen, welche Todesstrafe, oder „Einsperrung," oder Deportation auf zehn Jahre oder mehr nach sich ziehen. In Civilsachen hat er die Stellung eines Cassationshofes.

In jedem Kanton gibt es einen Regierungs-Statthalter mit vollziehender Gewalt, ein Kantonstribunal

4) Vergl. Kortüm a. a. O. S. 6. ff.

aus dreizehn Richtern für die Kriminal- und Civilrechtspflege, und eine Verwaltungskammer für die Vollziehung der Gesetze über das Finanzwesen, den Handel, die Künste, Handwerke, den Ackerbau, die Lebensmittel, die Unterhaltung der Strassen. Dieselbe besteht aus einem Präsidenten und vier Beisitzern.

In den Hauptörtern und den Distrikten gibt es überdem noch untere Gerichte für Civil- und Polizeisachen, je aus neun Mitgliedern bestehend, von dem Wahlcorps auf sechs Jahre gewählt, und Unterstatthalter, denen wieder in den einzelnen Dörfern Vollziehungs-Agenten untergeordnet sind.

§. 3. Die Mediation.

Napoleon durchschaute die wahre Eigenthümlichkeit der schweizerischen Eidgenossenschaft. Die von ihm ins Leben gerufene Mediationsverfassung würde solches auch dann beweisen, wenn er seine Gedanken darüber nicht selbst ausgesprochen hätte. Folgende bekannte Aeusserungen des ersten Consuls sind so charakteristisch für seine Auffassung und so bedeutsam für die Schweiz, dass ich mich nicht enthalten kann, sie wieder herzusetzen:

„Die Schweiz gleicht keinem andern Staate, weder in „Folge aller Begebenheiten, die sich da seit Jahrhunderten „zugetragen, noch hinsichtlich auf ihre geographische und „topographische Lage, noch wegen ihrer verschiedenen „Sprachen und Religions-Bekenntnisse, noch endlich we„gen ihrer ausserordentlichen Verschiedenheit in Sitten und „Gebräuchen.“

„Die Natur hat euch zum Föderativ-Staate gebildet; „die Natur zu besiegen, versucht kein kluger Mann.“

„Die wichtigste Sache (la chose la plus importante) ist „die Festsetzung der Organisation eurer achtzehn Kantone. „Ist einmal diese geordnet, so bleibt die Bestimmung der „wechselseitigen Verhältnisse zwischen denselben übrig; „oder eure in der Wirklichkeit ungleich weniger wichtige

„Central-Organisation. Weder Finanzen, noch Armee, „noch die Verwaltung, nichts kann bei euch gleichförmig „sein. Nie habt ihr besoldete Truppen unterhalten; grosse „Finanzen könnt ihr keine besitzen; ihr habt ja sonst nicht „einmal beständige diplomatische Agenten bei den verschie- „denen Mächten unterhalten. Eure Lage auf den Gipfeln „der Gebirgsketten (au sommet des chaines de montagnes), „welche Frankreich, Deutschland und Italien von einander „trennen, macht, dass ihr gleichzeitig Antheil an den ver- „schiedenen Geistesrichtungen dieser Nationen nehmet. Die „Neutralität eures Landes, der Aufschwung eures Handels „und eine eigene Haushaltung oder Familien-Verwaltung „(une administration de famille) sind die wahren Mittel, „euer Volk glücklich zu machen und eure Existenz zu „sichern [5]).

„Ich spreche zu euch, als wäre ich selbst ein Schwei- „zer; für kleine Staaten ist die Föderation ungemein vor- „theilhaft. Ich selbst bin ein geborner Bergbewohner (mon- „tagnard); ich kenne den hieraus entspringenden Geist. Nur „keine Einheit, keine Truppen, keine Central-Finanzen, „keine Central-Abgaben, keine diplomatischen Agenten bei „den andern Mächten, und damit habt ihr schon mehrere „Mal hunderttausend Franken erspart."

„Die Kantonal-Organisationen, ich wiederhole es, müs- „sen auf die Sitten, die Religion, die Interessen und die „Meinungen eines jeden einzelnen Kantons gegründet sein. „Sorgt für Gesetzlichkeit und für passende Formen."

„Die Gemeinden in den kleinen Kantonen mögen ihre „Alp-Streitigkeiten nach Belieben unter sich ausmachen, „aber nie sollen sich Kantone gegen andere Kantone ver- „binden, und mit ihnen Krieg führen [6])."

Es ist bemerkenswerth, dass in dem Vermittlungsakte vorerst die Kantonalverfassungen der neunzehn

---

5) C. v. Muralt's: Hans von Reinhard. Zürich 1838. S. 98. 99.

6) Ebenda S. 108. 109. Vergl. meinen Aufsatz in L. Rankes histor. polit. Zeitsch. Bd. II. S. 131 ff.

Kantone: Appenzell, Aargau, Basel, Bern, Freyburg, Glarus, Graubündten, Luzern, St. Gallen, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, Tessin, Thurgau, Unterwalden, Uri, Waadt, Zug und Zürich aufgenommen sind, und dann erst auf dieser kantonalen Grundlage sich die Bundesverfassung erhebt: ganz entsprechend dem Geiste, der dieselbe dictirte. Jene Verfassungen sind denn wieder nicht nach Einem Modelle geformt, sondern zum Theil wenigstens auf historischem Boden erbaut.

Insbesondere wurden die alten hergebrachten Einrichtungen der demokratischen Kantone Appenzell, Glarus, Graubündten, Schwyz, Unterwalden, Uri und Zug mit ihren Landsgemeinden am meisten geschont. Man würde sich sehr täuschen, wenn man glauben sollte, es sei diess aus einer besondern Vorliebe Napoleons für diese Verfassungsform geschehen. Er wusste so gut, wie nur irgend Einer, dass solche Verfassungen nur für kleine Völkerschaften passen, die sich noch auf einer ganz untergeordneten Stufe der Kultur in roher Einfachheit und wilder Freiheit bewegen, und auf gebildete Völker angewendet, im höchsten Grade verwerflich seien. Den Männern in den alten Ländern war aber diese Verfassung, in der sie aufgewachsen waren, lieb; alte Gewohnheiten, Sitten, Erinnerungen, Gefühle schlossen sich an dieselbe an, und waren mit ihr verwoben; die Verhältnisse des Lebens hatten sich in den Ländern nur wenig verändert. Die systematische Anordnung der verschiedenen Gewalten war ihnen zuwider, die künstlichen Formen der Verwaltung und Rechtspflege unverständlich, das moderne Regierungsprincip schien im Widerspruch mit ihrem Sinne für individuelle Unabhängigkeit, und was vorzüglich sie gegen die Revolution feindselig gestimmt hatte, das moderne Verfassungswesen mit seinen Staatsanstalten und besoldeten Beamten kam ihnen viel zu „köstlich" vor. Indem Napoleon, den damals verbreiteten Staatslehren zum Trotze, ihre alten Verfassungen herstellte, machte er den Ländern die Me-

diationsverfassung der Schweiz wenigstens erträglich. So erhielt sich hier ein Ueberrest aus alter Vorzeit mitten in der fremdartig gewordenen Gegenwart, er erhielt sich nicht als erstarrtes Denkmal untergegangenen Lebens, sondern als ein lebendiger, in die moderne Zeit hinüberragender Theil des Alterthums. Es ist nicht undenkbar, dass es dem ersten Consul ein Vergnügen gewährte, gerade im Gegensatze zu den sonst ihm vorliegenden Arbeiten eine historische Merkwürdigkeit zu bewahren [7]).

Alle übrigen Kantone hatten repräsentative Verfassungen mit Grossen Räthen als Gesetzgebern, die denn wieder verschieden gewählt wurden. Zu beachten ist, dass gerade die neuen Kantone, in welchen der Kaiser weniger die historischen Verhältnisse zu berücksichtigen hatte, eine complicirtere Wahlform erhalten haben als die ältern, zu welchen der Kanton Zürich [8]) gehört.

Bis zur schweizerischen Revolution war das Regiment ausschliesslich bei der Stadtbürgerschaft von Zürich gewesen. In Folge derselben war die Souverainität von der Stadt auf den Kanton übergangen. Die Hauptfrage war somit die Bildung des Grossen Rathes; denn ihm stand es zu, im Namen des Kantons Gesetze zu erlassen.

---

7) Schon im Jahre 1801 hatte sich Napoleon in diesem Sinne ausgesprochen, indem er von einem trefflich ausgedrückten Grundprincip aller Verfassungen ausgehend, scharfen Tadel über den damaligen einheitlichen Verfassungsentwurf der Schweiz ergoss: „Une constitution ne peut être plus mauvaise que quand elle ne porte aucune empreinte du pays, auquel elle est destinée. Le douterait-on que votre projet fût fait pour un pays de montagne? C'est principalement cette partie de la Suisse, qui m'intéresse; j'abhorre l'idée de les rendre esclaves d'une constitution qui serait trop forte pour la France. — Ce sont vos petits cantons seuls que j'estime. Il n' y a qu' eux seuls qui m'empêchent ainsi que les autres puissances de l'Europe de vous prendre. Le reste de la Suisse est un pays comme la Françe (?) et que je ne considère point comme la véritable Suisse."

8) Sehr merkwürdig ist der Entwurf zu einer Kantonal-Verfassung für den Kanton Zürich, der von den Abgeordneten der Städte Zürich und Winterthur Reinhard, Schweizer und Sulzer) zu Paris eingegeben wurde, abgedruckt in Muralt's Reinhard S. 464.

Am 5. Februar 1798 war das Princip der politischen Gleichstellung der Stadt- und Landbürger, die Erhebung der letztern zur Regimentsfähigkeit von Seite der Stadt anerkannt worden. Auch die Mediationsverfassung wendete dasselbe Princip an. Die gesetzgebende Gewalt und die „Ausübung der Souverainetätsrechte“ fiel einem Grossen Rathe von 195 Mitgliedern anheim, in welchem nun Stadt- und Landbürger neben einander sassen mit gleichem Rechte.

Dieser Grosse Rath wird nun folgender Massen gewählt. Die Bürger des Kantons Zürich werden in 65 Wahlversammlungen oder Zünfte eingetheilt. Die Stadtbürger in 13, die Landbürger in 52 Zünfte. Die Stadtzünfte sind eine Erneuerung der alten persönlich verbundenen Wahlzünfte ohne lokale Beziehung auf einzelne Gegenden der Stadt. Die Landzünfte dagegen haben eine lokale Grundlage, und erstrecken sich immer über mehrere Gemeinden. Auf ähnliche Weise waren auch zu Rom in der alten Stadtverfassung die Zünfte der Patrizier persönliche, die der Plebejer lokale Eintheilungen. In den Zünften haben Stimmrecht alle Bürger, welche wenigstens ein Jahr lang in dem Gebiete der Zunft gewohnt haben, in einem unabhängigen Stande leben, in die Milizrolle eingeschrieben sind, wenn sie weder verheirathet sind noch im Wittwenstande leben, ein Alter von wenigstens 30 Jahren, im entgegen gesetzten Falle ein Alter von wenigstens 20 Jahren haben, und welche endlich ein Grundeigenthum oder hypothekarische Schuldforderung von 500 Schweizerfranken besitzen.

Jede Zunft hat nun aus ihrer Mitte ein Mitglied des Grossen Rathes zu wählen. Ueberdem bildet sie eine Liste von vier Kandidaten aus andern Bezirken, als welchem die Zunft angehört. Sie darf aber nicht mehr als drei Kandidaten aus dem nämlichen Bezirke bezeichnen. Aus diesen 260 Kandidaten werden dann durch das Loos 130 Mitglieder des Grossen Rathes bestimmt, welche zusammen mit den 65 direct gewählten Gliedern die Behörde vollständig

machen. Zur Wählbarkeit für die Kandidatenliste ist erforderlich ein Alter von 30 Jahren und Eigenthum an Grundstücken oder hypothesirten Schuldforderungen im Gesammtbetrage von 20,000 Schweizerfranken; für die direct gewählten Mitglieder ein Alter von 25 Jahren und Eigenthum an Liegenschaften oder Schuldbriefen im Betrage von 5000 Schweizerfranken.

Man sieht, dem Principe nach stehen sich die Stadt- und Landbürger gleich. Doch ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die ganze Einrichtung einer sehr verstärkten Repräsentation der Stadtbürger günstig war. Denn nicht bloss waren die städtischen Zünfte bedeutend kleiner als die Landzünfte, sondern überdem dienten die Kandidatenlisten vorzüglich dazu, das Augenmerk auf Stadtbürger zu lenken; theils weil die Zünfte genöthigt wurden, ausserhalb ihres Bezirkes zu wählen, somit vorzüglich auf die Hauptstadt zu sehen, weil die dortigen Männer ihnen bekannter waren als andere aus andern Bezirken; theils weil nur Leute wählbar waren, die ein ziemliches Vermögen besassen, die Stadt aber natürlich eine grössere Anzahl von wohlhabenden Bürgern hatte, als viel bevölkertere andere Kreise.

Die Stellen im Grossen Rathe sind zunächst lebenslänglich. Doch ist es den Zünften verstattet, eine Art von Censur auszuüben und einzelne Mitglieder unter gewissen Formen zurückzuberufen. Die directe gewählten Mitglieder können nur von der Zunft, welche sie gewählt hatte, die übrigen auch von andern Zünften zurückberufen werden.

Der Grosse Rath besetzt alle Kantonalämter und Kantonalstellen, ernennt die Gesandten auf die Tagsatzung und ertheilt ihnen die erforderlichen Instruktionen, erlässt die allgemeinen Gesetze und Verordnungen und empfängt über die gesammte Staatsverwaltung Rechenschaft. Als Gesetzgeber ist er indessen in seinen Bewegungen noch sehr gehemmt. Alle Gesetzesanträge nämlich gehen von dem Kleinen Rathe aus und der Grosse Rath kann dieselben nur, wie sie ausgearbeitet vorliegen, entweder unbedingt annehmen und zu

Gesetzen erheben, oder unbedingt verwerfen. Selbst die Niedersetzung einer Commission des Grossen Raths kann keinen andern Erfolg haben als nähere Prüfung der Frage, ob der Antrag anzunehmen oder zu verwerfen sei[9]).

An der Spitze der Verwaltung steht ein Kleiner Rath von 25 aus der Mitte des Grossen Rathes von diesem je auf eine Amtsdauer von 6 Jahren erwählten Mitgliedern. Derselbe hat die Initiative für die Gesetzgebung, besorgt deren Vollziehung, leitet die Staatsverwaltung, urtheilt in letzter Instanz über alle Verwaltungs-Streitigkeiten, ernennt zu allen Bezirksämtern und Stellen, und legt dem Grossen Rathe über alle Zweige der Verwaltung Rechenschaft ab.

Für die Rechtspflege des Kantons wird ein Appellationsgericht oder Obergericht von 13 Mitgliedern von dem Grossen Rathe aus seiner Mitte je auf 6 Jahre gewählt[10]). Dasselbe urtheilt in erster und letzter Instanz über alle wichtigeren Kriminalfälle, in letzter über mindere Kriminal- und Polizeifälle[11]), ferner in letzter Instanz über Civilprozesse, wenn das Streitobject den Betrag von 64 Schweizerfranken übersteigt[12]).

In allen Fällen, wo die Todesstrafe zur Anwendung kommen kann, werden den 13 Appellationsrichtern noch vier Mitglieder des Kleinen Rathes beigeordnet, welche durch das Loos bezeichnet werden. Es entsteht auf solche Weise ein eigenthümliches Malefizgericht.

Zwei Bürgermeister von dem Grossen Rathe aus der Mitte des Kleinen gewählt, führen abwechselnd, jeder ein Jahr lang den Vorsitz im Grossen und Kleinen Rathe. Der präsidirende Bürgermeister führt den Namen Amtsbürgermeister. Der andere Bürgermeister ist dann inzwischen Mitglied und Präsident des Obergerichtes.

9) Reglement f. d. Gr. R. v. 23. Mai 1803. M. S. I. S. 42. ff.

10) Vgl. Reglement f. d. Obergericht v. 27. Mai 1803. M. S. I. S. 69.

11) Gesetz betr. die Competenzen d. Gerichtsstellen vom 15. Dec. 1803. M. S. I. S. 151. ff.

12) Gesetz v. 25. Mai 1803. M. S. I. S. 63. ff.

Für Ehesachen und Paternitätsfälle besteht ein eigenes Ehegericht, von welchem die Appellation an das Obergericht geht. Dasselbe wird vom Grossen Rathe aus drei Mitgliedern des Obergerichts, einem Supleanten desselben und zwei jährlich abwechselnden in der Stadt stationirten Geistlichen bestellt [13]).

Der Kanton ist in fünf Bezirke eingetheilt: 1) Stadt Zürich. 2) Bezirk Horgen mit den Zünften *a)* Stäfa, Mänedorf, Küssnach, Hottingen; *b)* Richterschwil, Wädischwil, Horgen, Thalwil, Wiedikon; *c)* Knonau, Rifferschwil, Ottenbach und Birmenstorf. 3) Bezirk Uster mit den Zünften *a)* Wezikon, Gossau, Egg, Grüningen, Wald, Fischenthal, Hinwil; *b)* Wysslingen, Greiffensee, Uster, Pfeffikon, Bärentschwil und Bauma. 4) Bezirk Bülach mit den Zünften *a)* Oberstrass, Dübendorf, Höngg, Regensperg, Dällikon, Schöfflistorf und Stadel; *b)* Illnau, Basserstorf, Embrach, Kloten, Bülach und Eglisau. 5) Bezirk Winterthur mit den Zünften *a)* Benken, Marthalen, Andelfingen, Flaach, Hettlingen und *b)* Winterthur, Dorlikon, Wiesendangen, Oberwinterthur, Elgg, Turbenthal, Neftenbach und Wülflingen [14]).

Die Verwaltung innerhalb der Bezirke wird von je einem Bezirksstatthalter, den der Kleine Rath aus den Bürgern der betreffenden Bezirke erwählt, besorgt. Ihn unterstützen für die Unterabtheilungen der Bezirke, welche er nicht selbst verwaltet, bestellte Unterstatthalter. Für den Bezirk Horgen sind nach der obigen Vertheilung der Zünfte zwei Unterstatthalter, für die übrigen Landbezirke einer erforderlich. Die Statthalter ernennen niedere Vollziehungsbeamte für die einzelnen Gemeinden aus den Mitgliedern der Gemeinderäthe, besorgen überhaupt die Vollziehung der Gesetze innerhalb des Bezirkes, üben eine allgemeine Aufsicht aus über die Verwaltung der

---

13) Gesetz v. 27. Mai 1803. M. S. I. S. 70. und v. 19. Dec. 1803. I. S. 146.

14) Gesetz v. 28. Mai 1803. M. S. I. S. 75. ff.

Gemeinde-, Kirchen-, Schul- und Armengüter und die Vormundschaftspflege, eine Oberaufsicht über die Bezirksgerichte, handhaben die Polizei und besorgen die Voruntersuchung und Ueberweisung an die Strafgerichte in Kriminal- und Polizeifällen[15]).

In der Folge wurden den Statthaltern und Unterstatthaltern je für eine Bezirksabtheilung zwei Beisitzer zugegegeben, welche vereint mit denselben als Präsidenten das sogenannte Waisenamt bildeten und die Stelle einer zweitinstanzlichen Vormundschaftsbehörde erhielten. Die Beisitzer wurden von dem Kleinen Rathe aus den Bezirken gewählt[16]).

Für jeden der fünf Bezirke besteht ein Bezirksgericht von sieben aus den Bürgern der Bezirke von dem Kleinen Rathe je auf 6 Jahre gewählten Mitgliedern. Für den Civilprozess nehmen dieselben eine dreifache Stellung ein, je nach Art und Umfang der Geschäfte: *a)* als oberste Instanz in Schuldsachen und andern Streitigkeiten, die sich nicht auf Liegenschaften beziehen, wenn das Streitobject den Betrag von 64 Schweizerfranken nicht übersteigt; *b)* als zweite und mittlere Instanz für Processe, die sich auf Liegenschaften beziehen; *c)* als erste Instanz in andern Processen um einen höhern Betrag als 64 Schweizerfranken. Daneben ist das Bezirksgericht auch ein Zuchtpolizeigericht, und zwar in erster und letzter Instanz in Fällen, welche die zunftgerichtliche Competenz übersteigen, und entweder eine Busse von höchstens 24 Franken oder einen höchstens sechstägigen Verhaft nach sich ziehen; in erster Instanz für derlei Vergehen, welche eine grössere Strafe erfordern[17]).

In jeder Landzunft besteht denn ein Zunftgericht von fünf von dem Kleinen Rathe gewählten Richtern. In der Stadt, welche nicht in lokale, sondern in persönliche

---

15) Gesetz v. 28. Mai 1803. M. S. I. S. 75. ff.
16) Gesetz v. 22. Dec. 1803. §. 24. ff. M. S. I. S. 220. ff.
17) Gesetz v. 25. Mai 1803. M. S. I. S. 63 ff.

Zünfte getheilt war und selbst einen Bezirk bildete, war kein Zunftgericht nöthig. Jene Zunftgerichte, deren Besetzung wieder dem Kleinen Rathe zusteht, haben diejenigen Civilprozesse zu beurtheilen, welche in zweiter Instanz vor die Bezirksgerichte gehören, und überdem eine kleine polizeirichterliche Competenz, bis auf 8 Franken Busse und zwei Tage Gefängniss. In letzterer Beziehung steht der Stadtrath den Zunftgerichten gleich [18].

Ueberall ist nun ein ordentliches Appellationsverfahren an die Stelle des frühern Zugverfahrens getreten.

Ein ganz neues Institut ist das der Friedensrichter. In jeder Kirchgemeinde soll wenigstens einer sein. Sie werden frei von den Kirchgemeinden selbst aus den zünftigen Bürgern je auf zwei Jahre gewählt. Alle bürgerlichen Streitigkeiten müssen vorerst vor den Friedensrichter gebracht werden, welcher zwischen den Parteien zu vermitteln und so den Streit zu schlichten sucht. Nur wenn eine Partei beharrlich den Rechtsgang fordert, überweiset er die Sache dem competenten Gerichte [19]. Dieses Institut verdiente und erhielt bald grosse Popularität.

An der Spitze der einzelnen Gemeinden stehen die Gemeinderäthe, von jenen selbst gewählt. Zu den Gemeindeversammlungen haben Zutritt alle Bürger der Gemeinde und überdem darin niedergelassene Schweizerbürger, welche Grundeigenthum in der Gemeinde haben. Der Gemeinderath verwaltet das Gemeindegut, in welcher Beziehung aber die Nichtbürger keine Stimme haben, ferner die Ortspolizei, das Vormundschaftswesen und das Schul- und Armenwesen [20].

Aus den Mitgliedern des Gemeinderathes wählen die Statthalter und Unterstatthalter die Gemeindammänner, je einen für eine Gemeinde, als Vollziehungsbeamtete für die Gemeinde [21].

---

18) Gesetz v. 3. Juni 1803. M. S. I. S. 59. ff.
19) Gesetz v. 3. Juni 1803. M. S. I. S. 54. ff.
20) Gesetz v. 28. Mai 1803.
21) Gesetz v. 28. Mai 1803. §. 7. 13. M. S. I S 78. 79.

§. 4. Die Liquidationsurkunde für die Stadt Zürich.

Die Stadt Zürich hatte bis zur Revolution von 1798 eine gedoppelte Stellung. Einmal bildete sie eine städtische Corporation, eine Stadtbürgerschaft, und zugleich war sie gegenüber einem äussern Gebiete als Landesherr zu betrachten. Diese Doppelstellung trat indessen äusserlich keineswegs so hervor, dass die Bürgerschaft sich derselben jederzeit deutlich bewusst war. Vielmehr wurden die Angelegenheiten der Stadt als solcher und der Stadt als Landesherrn durchgängig (mit geringen Ausnahmen) von denselben Personen besorgt, ohne dass man einen Unterschied bemerkte, je nachdem sie in der einen oder in der andern Stellung handelten. Es kann daher die Doppelstellung selbst auch nur insofern erkannt werden, als man Rücksicht nimmt *a)* auf die früheren Verhältnisse, nach welchen die Stadt ursprünglich lediglich Stadt gewesen war, und erst in der Folge Landeshoheit, als etwas hinzukommendes Neues, erwarb; *b)* auf die gleichzeitigen Verhältnisse anderer Städte und Gemeinden auch des Kantons Zürich, welche nur die eine corporative Stellung hatten; *c)* auf die spätern Verhältnisse der Stadt Zürich, inwiefern eine Trennung jener zwiefachen Stellung vor sich ging, die Stadt in die Stellung einer Commune zurück trat und die Landeshoheit auf den gesammten Kanton überging.

Diese Doppelstellung war nun auch von Einfluss auf das Vermögen der Stadt Zürich. Dieses Vermögen nämlich bildete — abgesehen von besonderen Stiftungen und einzelnen Ausnahmen — Eine Masse, ohne dass in demselben unterschieden wurde, ob es der Stadt als blosser Commune oder als Landesherrn zugehöre. Die Einkünfte, welche ihr in der einen oder andern Stellung zuflossen, kamen in dieselbe Kasse, und eben so wurden die Ausgaben hinwieder aus dem nämlichen Vermögen bestritten, bezogen sie sich auf die Interessen der Stadt oder die Bedürfnisse der Landesregierung.

Dieser Zustand änderte sich nun durch die Revolution von 1798, welche den souveränen Städten der Schweiz ihre bisherige Landeshoheit entzog und einer helvetischen Nationalregierung übertrug. Diese Veränderung musste nothwendig auf die Behandlung des Vermögens dieser vormals souveränen Städte bedeutend einwirken. Denn die Trennung der bisherigen Einheit in dem Subjecte des städtischen Vermögens in einen nun von der Stadt verschiedenen Landesherrn und in eine städtische Commune musste auch eine Theilung des Objectes, des Vermögens selbst, unter die beiden Subjecte hervorrufen. Aber nach welchen Grundsätzen geschah diese Theilung? Das Gesetz vom 3. April 1799 (Helvet. Tagblatt II. S. 484 ff.) machte in der That den Versuch, hier Rechtsgrundsätze zur Anwendung zu bringen, wie es sich auch in der Einleitung selber ausspricht: „in Erwägung, dass diese Kennzeichen (welche Güter Staats- und welche Güter Gemeindegüter seien) nur aus den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgelehrtheit können hergeholt werden.“ Die Natur der einzelnen Vermögensstücke soll näher untersucht und je nach der Form ihres Erwerbes und ihrer Bestimmung dieselben entweder für Nationalgut erklärt oder als Gemeindegut behandelt werden. Dieses Gesetz, dessen Tendenz im Ganzen unverwerflich ist, wenn auch die einzelnen Bestimmungen nicht gerade immer das Rechte treffen, kam indessen nie zum Vollzug. Die Schwierigkeit einer gehörigen Ausscheidung und Theilung dauerte fort, bis Napoleon, der als Vermittler der Schweiz eine neue Verfassung gab und den innern Frieden herstellte, auch diesen Punkt zu erledigen unternahm.

Die Bestimmungen des Vermittlers über die Liquidation der helvetischen Nationalschulden und die Gestaltung eines eigenthümlichen städtischen Vermögens im Gegensatze zu dem Staats- und Kantonal-Vermögen bilden einen integrirenden Bestandtheil der Mediationsacte vom 19. Hornung 1803. Napoleon setzte eine mit ausserordentlichen Vollmachten ausgerüstete Kommission, die sogenannte Liqui-

dations-Kommission, nieder, und gab ihr den Auftrag, die helvetische Nationalschuld zu liquidiren, den Städten (d. h. den vormals souveränen Städten) ein verhältnissmässiges Einkommen zu verschaffen und ein städtisches gesondertes Vermögen wieder zu errichten, endlich das übrige Vermögen dem Kantone als Kantonal-Vermögen zuzuweisen[22]).

Diesen Aufträgen willfahrend erliess die Liquidations-Kommission am 1. September 1803 auch eine Liquidations-Urkunde für die Stadt Zürich, und wies derselben an der gemeinen Vermögensmasse ein eigenthümlich städtisches Vermögen zu. Das ganze übrige, früherhin gemeine Vermögen wurde sodann Kantonalgut des Kantons Zürich.

Diese Ausscheidung und Theilung zwischen Kanton und Stadt in das Vermögen der vormaligen souveränen Stadt Zürich muss nun aber aus einem ganz andern Gesichtspunkte aufgefasst werden, als die Theilung, welche durch das helvetische Gesetz von 1799 angeordnet, aber nicht vollzogen worden war. Während dieses nämlich die verschiedenen Bestandtheile, den staatlichen und den städtischen, nach Rechtsgrundsätzen zu sondern gebot, so hielt sich dagegen Napoleon keineswegs an den rechtlichen Gesichtspunkt, sondern ordnete die Theilung an nach Gründen äusserer Zweckmässigkeit und des Bedürfnisses. Und in dem nämlichen Sinne vollzog denn auch die Liquidations-Kommission die Theilung[23]).

§. 5. Die Bundesverfassung der Mediation.

Auf kantonaler Grundlage erhob sich nun die beschränkte Bundesgewalt ganz im Geiste des Föderalismus, den Napoleon allein für die Schweiz gemäss hielt. Die neunzehn Kantone gewährleisten sich gegenseitig ihre Verfas-

22) Vergl. darüber Gutachten der Juristen-Facultät in Tübingen über das Burgergut von Bern §. 8. und Gutachten der Juristen-Facultät zu Zürich in derselben Sache §. 4.

23) Vergl. Rechtsgutachten über die Bannausscheidung für die Stadt Zürich. 1838.

sung, ihr Gebiet, ihre Freiheit und Unabhängigkeit sowohl gegen auswärtige Mächte als gegen Angriffe eines Kantons oder einer Partei. Zu diesem Behuf liefern die einzelnen Kantone Truppen und Geldbeiträge nach einem bestimmten Verhältnisse. Separatbündnisse unter einzelnen Kantonen oder einzelner Kantone mit dem Auslande sind untersagt.

Auf der Tagsatzung sind alle Kantone durch Abgesandte repräsentirt. Die Abgeordneten der grössern Kantone mit mehr als 100,000 Einwohnern (Bern, Zürich, Waadt, St. Gallen, Aargau und Graubündten) haben jeder eine Doppel-, die übrigen nur eine einfache Standesstimme. Diese Abgeordneten stimmen nach Instructionen. Nur wenn die Tagsatzung sich in einen Gerichtshof verwandelt, um Streitigkeiten unter den Kantonen zu entscheiden, so hat jeder Gesandter nur eine Stimme, und ist an keine Instruction gebunden.

Der Gang der Berathung war somit ein schwerfälliger, und nicht leicht waren gemeinsame Beschlüsse zu fassen; aber gerade darin fanden die Kantone Beruhigung für ihre Kantonal-Souveränität, und zugleich war der Einfluss des Auslandes eben desshalb weniger dringlich und gefährlich.

Nach Aussen hin erscheint die Schweiz eher als Ein Staat; im Innern mehr als eine Reihe von Staaten. Krieg, Frieden, Bündnisse, Handelsverträge und Kapitulationen mit fremden Staaten können nur von der Tagsatzung mit einer Mehrheit von zwei Drittheilen der Stimmen, nie aber von einzelnen Kantonen für sich beschlossen werden. Der freie Verkehr im Innern, insoweit er nicht mit bereits vorhandenen Zöllen und Gebühren belegt war, und das Recht freier Niederlassung der Schweizer in allen Kantonen sind gewährleistet. Rebellische Regierungen und gesetzgebende Körper richtet ein aus den Präsidenten der Kriminalgerichte der unbetheiligten Kantone zusammen gesetztes Gericht[24]).

Sechs Direktorial-Kantone, von Napoleon absichtlich aus den alten Kantonen gewählt, wechseln alljährlich

24) Vergl. meinen Aufsatz in L. Ranke's polit. Zeitsch. Bd. II. S. 134.

unter sich als Sitz der Bundesregierung, nämlich: Freyburg, Bern, Solothurn, Basel, Zürich und Luzern. Sie sollen der Bundesgewalt einige Kraft geben. Der Schultheiss oder Burgermeister des jeweiligen Direktorial-Kantons ist zugleich Landammann der Schweiz und in dieser Eigenschaft Repräsentant der Schweiz gegenüber den fremden Gesandten, und Präsident der Tagsatzung. Er hat die Vollziehungsgewalt im Namen des Bundes auszuüben. Seine Befugnisse sind nicht scharf begränzt; doch konnten sie, wenn ein starker Charakter die Stelle bekleidete, ziemlich weit reichen. Kraft gab ihm besonders das Ansehen des Kaisers, wo er sich an dessen Macht anlehnen konnte und wollte.

Von bedeutendem Einflusse noch sind die Stellen der höhern Kanzleibeamteten, des eidgenössischen Kanzlers und Staatsschreibers. Beide werden zwar nur je auf zwei Jahre gewählt, aber da sie wieder bestätigt werden können in ihrer Stellung, so haben diese Aemter eine faktische Neigung zur Dauer. Während nun die Direktorial-Kantone jährlich wechseln und die Landammänner mit ihnen, so sind sie die einzigen Personen, welche fortwährend mit allen eidgenössischen Geschäften vertraut bleiben und einen sichern Geschäftsüberblick haben.

§. 6. Die Zürcherische Staatsverfassung vom Jahre 1814.

Die Mediationsverfassung konnte sich in ihrer formellen Geltung nicht erhalten, als die Macht ihres Schöpfers und Beschützers gebrochen war. Sie war ein einseitiges französisches Werk. Europa, das Frankreich bekriegte, konnte es nicht dulden, dass der französische Einfluss in der neutralen Schweiz durch die von Frankreich gegebene Verfassung auf bleibende Herrschaft Anspruch mache. Die inzwischen niedergedrückten Ansprüche der Vorzeit regten sich überall wieder und fanden in der geistigen Bewegung der Zeit einige Unterstützung. Eine sehr starke Partei in

der Schweiz, die fast in allen Kantonen Anhänger zählte, wollte den ganzen Zustand seit der schweizerischen Revolution von 1798 als einen illegalen bei Seite setzen und alle Veränderungen wieder anknüpfen an den Zustand des achtzehnten Jahrhunderts. Dieser Tendenz zu widerstehen, die wahren zeitgemässen Fortschritte der Zwischenzeit zu retten, und die einmal gewonnenen Resultate der frühern Erschütterungen festzuhalten, das war die Aufgabe erleuchteter Staatsmänner. Und man darf es wohl sagen, Zürich hat man es — nächst den Mächten — vornämlich zu verdanken, dass die Contre-Revolution unterblieben ist, und die Restaurationszeit die wesentlichsten Ergebnisse der Mediationsverfassung doch beibehalten hat. Damit sind aber der Schweiz grosse innere Kämpfe erspart und eine lange Zeit des Friedens möglich gemacht worden.

Auch die Kantonalverfassung des Kantons Zürich vom 11. Juni 1814 ist durchgängig in einem gemässigten Sinne bearbeitet worden. Wenn wir sie mit der Kantonalverfassung während der Mediation vergleichen, so finden wir in Einem Verhältnisse, hauptsächlich in dem der Repräsentation von Stadt und Land im Grossen Rathe, eine etwelche Hinneigung zu den frühern Zuständen vor 1798, in mehrern Punkten aber wahre zeitgemässe Fortschritte und in weit den meisten übrigen Fortdauer der Mediationseinrichtungen.

Der Kanton Zürich wurde nun in eilf Amtsbezirke getheilt, welche zum Theil mit den Unterabtheilungen der frühern Bezirke zusammen fallen. Die Eintheilung in 52 Land- und 13 Stadtzünfte blieb fortbestehen, das Stimmrecht der Bürger in den zu jeder Zunft gehörigen Gemeinden aber wurde ausgedehnt, indem jede Beschränkung durch einen Census wegfiel. Ob darin eine Verbesserung lag, darüber kann man leicht verschieden urtheilen, aber dass dadurch eine starke Erweiterung des demokratischen Elementes begründet wurde, kann Niemandem zweifelhaft sein. Es genügte somit, um das Stimmrecht auszuüben, die einfache bürgerliche Volljährigkeit und das

Bürgerrecht innerhalb der Zunft. Ausgeschlossen blieben indessen noch die, welche „in Kost und Lohn" eines andern standen.

Die politische und bürgerliche Rechtsgleichheit, soweit nicht die Verfassung selbst Ausnahmen feststellte, wurde ausdrücklich anerkannt.

Der Grosse Rath von 212 Mitgliedern „ist die höchste Gewalt." In seiner Komposition nun suchte die Stadt wieder ein Uebergewicht zu erhalten. Die Stellen werden folgender Massen besetzt:

26 Mitglieder werden von den 13 Zünften der Stadt
5 „ „ „ Winterthur
51 „ „ „ den übr. 51 Landzünften erwählt.

Zu diesen 82 direkte gewählten Mitgliedern kommen nun noch 130 indirekte, durch den Grossen Rath selbst gewählte Mitglieder. Zu diesem Behuf wird ein Vorschlagskollegium von 5 Gliedern des Kleinen und 10 Gliedern des Grossen Rathes gebildet, welches je für 5 vakante Stellen einen Gesammtvorschlag von 15 Kandidaten macht. Aus diesen 15 Kandidaten werden dann durch geheimes absolutes Stimmenmehr 5 Mitglieder des Grossen Rathes von diesem bezeichnet. Einer von den fünf soll ein Landbürger sein: eine Verfassungsbestimmung, welche dann in der Praxis so ausgelegt wurde, als ob es hiesse: vier von den fünf sollen Stadtbürger sein. Zur Wählbarkeit ist erforderlich: Antritt des dreissigsten Altersjahres und ein Vermögen von wenigstens 10,000 Schweizerfranken. Die Amtszeit dauert sechs Jahre, die austretenden Mitglieder sind aber immer wieder wählbar. Nur die Mitglieder des Regierungsrathes und Obergerichtes fallen als Grossräthe nicht in die Erneuerungswahl.

Kleiner Rath und Obergericht blieben im Wesentlichen unverändert; jener an der Spitze der gesammten Verwaltung, dieses als höchster Gerichtshof. Auch die Stellung der Bürgermeister verblieb dieselbe. Aber aus der Mitte des Kleinen Rathes erhob sich für alle diplomatischen Geschäfte ein Staatsrath, worin die beiden

Bürgermeister und fünf von dem Grossen Rathe gewählte Mitglieder des Kleinen Rathes Sitz und Stimme hatten. Der Staatsrath hatte besonders in eidgenössischer Beziehung eine bedeutende Stellung. Zwar war er dem Kleinen Rathe untergeordnet, hatte aber doch, namentlich in allen dringenden Fällen, freie Hand, von sich aus Massregeln zu treffen im Interesse der innern und äussern Sicherheit des Staates.

An der Spitze jedes Amtsbezirkes stand ein von dem Kleinen Rathe aus allen Bürgern des Kantons frei gewählter Oberamtmann, sowohl mit administrativer, als mit richterlicher Gewalt ausgerüstet. Er präsidirte das Oberwaisenamt und das Amtsgericht. Für jeden Bezirk gab es nun ein eigenes Amtsgericht, dessen Mitglieder von dem Kleinen Rathe aus den Bürgern des Amtsbezirkes gewählt wurden. Das Institut dieser Oberamtsmänner, welche die Gewalt der frühern Statthalter und Gerichtspräsidenten vereinigten, war gewiss ein gutes. Und wäre die Regierung immer gleich sorgfältig bei der Wahl derselben verfahren, so hätte dasselbe auch längern Bestand gehabt.

Die Zunftgerichte wurden aufgehoben, die Friedensrichter dagegen erhielten sich.

Noch während dieser Restaurationsperiode veränderte sich das Verhältniss des Grossen Rathes zum Kleinen Rathe wesentlich. Jener war, wie zur Mediationszeit, in seiner gesetzgebenden Thätigkeit sehr gehemmt. Namentlich konnte er die Anträge des Kleinen Rathes nur entweder annehmen oder verwerfen. Jetzt wurde ihm die Möglichkeit der Abänderung eingeräumt. Eben so erhielt er in anderer Hinsicht eine höhere und freiere Stellung gegenüber der Regierung[25]), so dass der Ausspruch der Verfassung: er sei die höchste Gewalt im Staate, anfing zur Wahrheit zu werden.

---

25) Reglement vom 18. Hornung 1830. R. S. IV. S. 81. ff.

§. 7. Die Bundesverfassung vom Jahre 1815.

Die Vereinbarung über eine neue Bundesverfassung war ein äusserst schwieriges Werk. Die Eidgenossenschaft war in zwei Richtungen gespaltet. Die einen Kantone wollten zuerst den ursprünglichen Zustand herstellen. Bern war an ihrer Spitze, und eine besondere Versammlung von acht alten Orten zu Luzern arbeitete in diesem Sinne. Auf der andern Seite stand Zürich fest, mit den sämmtlichen für ihre Existenz besorgten neuen und einigen alten Kantouen. Diese wollten nur auf Grundlage des mediationsmässigen Zustandes unterhandeln. Die Mächte, von einem höhern europäischen Gesichtspunkte ausgehend und über den Parteien stehend, machten ihren Einfluss mehr im Sinne der seitherigen historischen Entwicklung geltend, und liessen die Plane für Herstellung untergegangener Zustände nicht aufkommen[26]. Ohne sie und die nöthigenden europäischen Verhältnisse wäre der Bund entweder überall nicht zu Stande gekommen oder noch schlechter geworden. Im Allgemeinen ist das Urtheil darüber richtig, die Bundesgewalt in ihm sei stärker als die der alten Bünde, und schwächer als die der Mediation. Die ganze Zeitrichtung in der Schweiz ging damals auf Feststellung der kantonalen Interessen, selbst in den neuen Kantonen. Wie hätte man unter solchen Voraussetzungen an Verstärkung der Centralgewalt denken können?

Auf der Tagsatzung hat jetzt jeder der XXII Kantone nur Eine Stimme, der grösste wie der kleinste. Die Gesandten stimmen wie früher nach der Instruktion der Stände. An die Stelle der sechs Direktorial-Kantone treten nun die Vororte Zürich, Bern und Luzern, je zwei Jahre nach einander die Leitung der Bundesange-

26) Vergl. darüber meinen Aufsatz: Der schweizer. Bund vom 7. Aug. 1815 in L. Ranke's polit. Zeitsch. B. II. S. 128. ff. und besonders Muralt's Reinhard, der viele neue Aufschlüsse über diese Verhältnisse ertheilt.

legenheiten besorgend. Für ausserordentliche Zeiten kann dem Vorort ein Rath von eidgenössischen Repräsentanten beigegeben werden, welche nach einer Kehrordnung je von mehrern Kantonen zusammen gewählt und von der Tagsatzung instruirt werden. Der jeweilige Amtsbürgermeister oder Schultheiss des Vorortes ist Präsident des Vorortes und der Tagsatzung, hat aber nicht mehr die selbständige Stellung und Gewalt, welche der Landammann der Mediation besessen hatte. Die eidgenössische Kanzlei ging wieder in die neue Verfassung über, fast das einzige stetige Element der Bundesgewalt.

Streitigkeiten unter den Kantonen werden in alter Form durch eidgenössische Schiedsrichter aus andern Kantonen ausgetragen. Betrifft der Streit einen Punkt, der durch den Bund selbst gewährleistet ist, so steht der Tagsatzung der Entscheid zu.

Die Kantone gewährleisten sich ihr Gebiet und ihre Verfassungen gegenseitig. Separatbündnisse einzelner Kantone unter sich oder mit dem Auslande bleiben untersagt. Für Kriegserklärungen, Friedensschlüsse oder Bündnisse mit auswärtigen Staaten bedarf es drei Viertheile der Kantonsstimmen auf der Tagsatzung, für anderweitige Beschlüsse genügt die absolute Mehrheit der sämmtlichen Kantone. Die Gesandten der Schweiz und die höhern Officiere des Bundesheeres werden von der Tagsatzung gewählt. Sie verfügt über die Aufstellung der Armee. Ueber das Verkehrs- und Zollwesen behält sie eine gewisse Competenz.

Der Detail der Bundesverfassung ist noch wenig ausgearbeitet. Vom Jahre 1815 bis 1830 geschah wenig, indem man der Ruhe und kantonalen Bestrebungen sich hingab. Nach dem Jahr 1830 hinderten die innern Bewegungen und Parteikämpfe jede naturgemässe Entwicklung von Innen heraus [27]).

---

27) Vergl. darüber meinen Aufsatz: Der schweizerische Bund seit 1830 in L. Rankes politischer Zeitschrift. Bd. II. S. 538 ff.

§. 8. Die Staatsverfassung des Kantons Zürich vom Jahr 1831.

Ohne die französische und belgische Revolution wäre es bei uns nicht zu einer Umwälzung gekommen. Die Uebelstände waren lange nicht gross genug, um von sich aus zu gewaltsamer Umänderung zu stimmen. Und die Möglichkeit durch Reformen allmälig die nöthigen Veränderungen einzuführen, war bereits erprobt. Aber die Vorgänge in Frankreich und Belgien hatten ihre Nachwirkungen auch in der Schweiz.

Am meisten Stoff zur Unzufriedenheit enthielt das Verhältniss zwischen Stadt und Landschaft in sich. Die verhältnissmässig zu überwiegende Repräsentation der Stadtbürger im Grossen Rathe nach der Verfassung von 1814, die Bevorzugung derselben auch für andere Staatsstellen stimmte nicht zusammen mit den erhöhten Kräften und der stets wachsenden Bedeutung der Landschaft.

In der Stadt selbst bildete sich von den Bürgern aus eine Opposition gegen die grundsatzlose Behandlung der Geschäfte von Seite der Regierung. Diese verlor einige der kräftigsten Mitglieder durch Tod und Unglück, und die Kräfte der Zurückbleibenden nahmen ab, verglichen mit den Kräften der heranwachsenden Generation.

Diese Elemente wirkten besonders ein, als erst durch die Presse, dann durch Verbindungen von Grossräthen, zuletzt durch die entscheidende grosse Volksversammlung zu Uster am 22. Nov. 1830 über die bisherige Verfassung der Stab gebrochen wurde. Der Grosse Rath wich der Bewegung, entsprach den Begehren und dankte ab, um durch einen neu zu zwei Drittheilen aus der Landschaft und einem Drittheil aus der Stadt gewählten Grossen Rath die neue Staatsverfassung bearbeiten zu lassen.

In mehrern Beziehungen unterscheidet sich diese Verfassung sehr von den frühern der Mediation und Restauration, nicht bloss dem Inhalte, sondern auch der Form nach.

Man sieht deutlich, dass Männer von wissenschaftlicher

Ausbildung daran gearbeitet haben: das Ganze ist bei weitem systematischer geordnet, die verschiedenen Begriffe genauer aus einander gehalten, die Sprache sorgfältiger, als in frühern ähnlichen Arbeiten. Wie die andern modernen Verfassungen, so enthält auch diese eine Uebersicht des ganzen Staatsorganismus. Alle Beamtungen von den Kantonalstellen bis zu den Gemeindsbehörden herunter sind berücksichtigt, ihre Competenzen bezeichnet. An der Spitze stehen allgemeine Grundsätze, doch schon etwas praktischer gehalten, als die Declarationen der Menschenrechte während der französischen Revolution. Dahin gehören die Bestimmungen über Gleichheit der staatsbürgerlichen Rechte aller Kantonsbürger, über Gewährleistung der evangelisch-reformirten Landesreligion in Verbindung mit der Glaubensfreiheit, über Pressfreiheit, Petitionsrecht, Freiheit des Handels und der Gewerbe, Freizügigkeit, Sicherstellung der persönlichen Freiheit gegen wilkührliche Verhaftung, Trennung der Gewalten, Schutz der Beamteten gegen Entsetzung, Oeffentlichkeit der Rechtspflege, Abschaffung der Peinlichkeit, Unverletzlichkeit des Eigenthums und Entschädigung für nothwendige Abtretung desselben, Loskauf der Zehnten und Grundzinse, Besoldungswesen, Steuern, Militärpflicht und Unterrichtswesen.

Mit besonderer Vorliebe wurde die Trennung der Gewalten durchgeführt und namentlich die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt festgestellt. Vielleicht ging man dabei zu weit in der Schwächung der eigentlichen Administrativgewalt, und dehnte die Befugnisse der Gerichte sowohl als in einzelnen Beziehungen auch des Grossen Rathes fast über Gebühr aus. Derlei Schwankungen sind indessen unvermeidlich und werden noch lange fortdauern, bis der rechte Schwerpunkt durch die Erfahrung des Lebens gefunden sein wird.

„Die Ausübung der höchsten Gewalt ist einem Grossen Rathe von 212 Mitgliedern übertragen. Ihm steht die Gesetzgebung und die Oberaufsicht über die Landesverwaltung zu. Er ist der Stellvertreter des Kantons nach aussen."

Nach der Verfassung von 1831 wurde der Grosse Rath folgender Massen zusammengesetzt:

60	Mitglieder	wurden	von	den 13 Stadtzünften gewählt
5	„	„	„	Winterthur
51	„	„	„	den übrigen 51 Landzünften aus ihrer Mitte
52	„	„	„	den 52 Landzünften nach freier Auswahl in oder ausser ihrer Mitte, jedoch nur aus Landbürgern
11	„	„	„	10 grössern Landzünften aus den zünftigen Landbürgern
33	„	„		vom Grossen Rathe selbst 11 aus der Stadt und 22 von der Landschaft.
212	Mitglieder.			

Die Amtszeit der Mitglieder des Grossen Rathes ist auf vier Jahre gesetzt mit Wiederwählbarkeit.

Durch ein Verfassungsgesetz vom 19. Christmonat 1837 wurde sodann die Repräsentation im Grossen Rathe ganz nach dem Princip der Kopfzahl geregelt, ohne Unterschied zwischen Stadt und Land, und die Zahl der indirekten Wahlen beschränkt.

Der ganze Kanton, die Hauptstadt inbegriffen, wurde in 51 Kreisversammlungen, statt der bisherigen Zünfte, getheilt. Jede Kreisversammlung hat nun auf eine Bevölkerung von 1200 Seelen Ein Mitglied des Grossen Rathes aus allen wahlfähigen Kantonsbürgern zu ernennen, der Grosse Rath selbst je auf 20,000 Seelen Ein Mitglied. Nach der Volkszählung von 1836 besteht der Grosse Rath aus 192 directe und 12 indirecte gewählten Mitgliedern. Je zu vier Jahren um tritt dieser ganze Grosse Rath auf einmal aus. Vorher schon waren die Wahlzünfte der Landschaft nur eine örtliche Abtheilung, ohne Verbindung der Zunftgenossen unter sich zu einer politischen Person. Die neueste Verfassung trieb nun die nach mathematischen Regeln geordnete Bestellung der Repräsentation auf die Spitze, so dass alle Rücksichten auf besondere Interessen, orga-

nische Gliederung und Geschichte vor der Einen Beachtung der einfachen Kopfzahl weichen mussten.

Der Grosse Rath übt nunmehr das Recht der Gesetzgebung unbeschränkt aus. Nur Verfassungsgesetze bedürfen noch der Zustimmung der Bürger in den Gemeinden. Im Uebrigen ist er nicht gehemmt durch die Initiative des Regierungsrathes. Vielmehr geben Motionen der einzelnen Mitglieder oder selbst Petitionen von Privaten ihm Gelegenheit, gesetzgeberisch einzuschreiten. Dass diese Leichtigkeit, Gesetze zu erlassen, abzuändern, aufzuheben, wieder ihre sehr nachtheiligen Folgen habe, hat uns die Erfahrung der letzten Jahre gelehrt; und es wäre gewiss nicht ausser der Zeit auf Mittel zu denken, um Uebereilungen und Verkehrtheiten besser zu verhindern. Vermöge seiner Oberaufsicht nimmt der Grosse Rath Einsicht von dem Zustande des Staatsgutes, bestimmt den jährlichen Voranschlag der Einnahmen und Ausgaben, prüft und genehmigt die Staatsrechnung und kann über alle Theile der Landesverwaltung Bericht einfordern. Wegen Verletzung der Verfassung, Gesetze oder Amtspflichten erlässt er an den Regierungsrath und an das Obergericht Mahnungen für die Zukunft, oder setzt die Mitglieder dieser Behörden vor dem Grossen Rathe in Anklagezustand: eine Bestimmung, welche indessen wenig reale Bedeutung zu haben scheint. Ihm steht das Begnadigungsrecht zu bei Todesurtheilen. Er ertheilt die Instruktionen auf die Tagsatzung und schliesst Verträge mit andern Ständen oder Staaten ab. Er wählt seinen Präsidenten und Vicepräsidenten je auf ein Jahr, ferner die Mitglieder des Regierungsrathes und des Obergerichtes in oder ausser seiner Mitte, nebst ihren Präsidenten; er bestellt das Criminalgericht, das Kantonalverhöramt auf Vorsclag des Criminalgerichtes und die Staatsanwaltschaft auf Vorschlag des Regierungsrathes; er ernennt den Antistes der Züricherischen Kirche und die Mitglieder des Kirchenrathes theilweise auf Vorschlag der Synode der Geistlichkeit, ferner die Mitglieder des Erziehungsrathes. Seine Verhand-

lungen sind öffentlich. Die Mitglieder stimmen nicht nach Instruktionen, sondern nach freier Ueberzeugung.

Die oberste Verwaltungsbehörde des Kantons ist ein Regierungsrath von 19 Mitgliedern, je auf eine Amtsdauer von sechs Jahren gewählt, mit drittelweiser Erneuerung zu zwei Jahren um. An seiner Spitze stehen zwei Bürgermeister, jeder ein Jahr lang den Vorsitz im Regierungsrathe einnehmend. Der Staatsanwalt verfolgt die Verbrecher von Amts wegen im Namen des Staates vor den Gerichten und sorgt für die Vollziehung des Strafurtheils.

Die oberste Gerichtsbehörde des Kantons ist ein Obergericht von 11 Mitgliedern, je auf sechs Jahre gewählt, mit drittelweiser Erneuerung. Zwei Präsidenten, aus dem Gerichte von dem Grossen Rathe bezeichnet, wechseln alljährlich im Vorsitz.

Für Conflicte zwischen der richterlichen und der vollziehenden Gewalt entscheidet eine für jeden einzelnen Fall zu bildende Commission.

Als erste Instanz für Criminalfälle besteht ein Criminalgericht, von fünf wieder auf je sechs Jahre erwählten Richtern.

Der Kanton ist in eilf Bezirke getheilt, wie nach der frühern Verfassung. Aber auch hier sind nun die richterliche und vollziehende Gewalt scharf getrennt. Diese steht einem Statthalter zu, entweder ausschliesslich oder in Verbindung mit zwei bis vier Bezirksräthen. Der Statthalter wird von dem Regierungsrathe auf sechs Jahre gewählt aus einem Dreiervorschlage jeder Bezirksversammlung, welche hinwieder aus 200 Wahlmännern des Bezirkes besteht. Die Bezirksräthe werden von dieser allein gewählt. Der Bezirksrath tritt an die Stelle des frühern Oberwaisenamtes, und ist erste Instanz in Verwaltungsstreitigkeiten. Die eigentliche Vollziehung steht dem Statthalter allein zu.

In jedem Bezirke besteht ein Bezirksgericht von fünf bis sieben Richtern, den Präsidenten inbegriffen, ebenfalls von der Bezirksversammlung je auf sechs Jahre gewählt. Das Ehegericht ist aufgehoben und die Ehesachen und

Paternitätsfälle werden in erster Instanz von den Bezirksgerichten beurtheilt.

Als erste Instanz in geringern Civil- und Polizeifällen und in Civilsachen ist die Einrichtung der Zunftgerichte für jede Kreisversammlung erneuert.

Bezirkskirchen- und Bezirksschulpflegen beaufsichtigen die kirchlichen und Schulangelegenheiten des Bezirkes.

Die politischen Gemeinden sammt ihren Abtheilungen der Civilgemeinden werden von den Kirch- und Schulgemeinden unterschieden. Jene wählen die Gemeindräthe zum Behuf der Vorberathung und Vollziehung der Gemeindebeschlüsse, der Verwaltung der Gemeindegüter, der Ortspolizei, der erstinstanzlichen Waisenpflege. Für die vollziehende Gewalt in der Gemeinde wird ein Gemeindammann aus dem Zweiervorschlage der Gemeinde durch den Bezirksrath ernennt. Jede Kirchgemeinde hat einen Stillstand, bestehend aus dem von der Gemeinde auf Lebenszeit aus einem Dreiervorschlage des Kirchenrathes gewählten Pfarrer, dem Gemeindammann, Gemeindspräsidenten und wenigstens 4 Stillständern für die Verwaltung des Kirchengutes und die Armenbesorgung. Eben so hat jede Schulgemeinde wieder ihre besondere Schulpflege, bestehend aus dem Pfarrer und wenigstens 4 Schulpflegern für die Verwaltung des Schulgutes und die Beaufsichtigung des Schulwesens. Die neue Verfassung erhielt bei der Abstimmung der Bürger in den Gemeinden am 10. März 1831 40,503 annehmende und 1721 verwerfende Stimmen.

§. 9. Die Rechtsquellen.

Die Gesetzgebung war in dieser neuern Zeit sehr thätig. Während der Revolutionszeit verdrängte rasch ein System das andere, und jedes wollte schnell Einrichtungen schaffen und Spuren seiner Herrschaft zurück lassen. Etwas mässiger war der gesetzgeberische Eifer geworden zur Me-

diationszeit. Langsam schritt die Gesetzgebung vorwärts während der Restauration. Auch in dieser Richtung ruhte man aus von frühern Anstrengungen. Neuen Schwung erhielt die gesetzgeberische Thätigkeit durch die Bewegung des Jahres 1830. Mit ungemeinem Fleisse und allerdings auch mit grösserer Geschicklichkeit wurden fast alle Richtungen des Staatslebens gesetzgeberisch bearbeitet. Zu grosse Eilfertigkeit im Schaffen und Aendern und öfter auch Einseitigkeit in der Richtung lässt sich indessen nicht in Abrede stellen.

Das Privatrecht selbst wurde indessen nur wenig und nur theilweise durch die Gesetzgebung fortgebildet. Noch immer bilden das Stadt- und Landrecht und das Zürcherische Erbrecht sammt den Modifikationen der Statuten die Grundlage der privatrechtlichen Gesetzgebung. Zu einer Revision derselben sind indessen schon seit langer Zeit Aufträge ertheilt, und nach wenigen Jahren werden wir wohl ein umgearbeitetes, der seitherigen Rechtsentwicklung mehr angepasstes bürgerliches Gesetzbuch erhalten.

Das Gewohnheitsrecht ist, zumal bei der Dürftigkeit der privatrechtlichen Gesetzgebung, jedenfalls eine Hauptform der Rechtsbildung. Dazu kommt nun die Jurisprudenz, die erst in diesem Jahrhunderte eine rechte Bedeutung für unser Recht gewonnen hat. Ihre Geschichte ist mit der Geschichte der Rechtswissenschaft in Deutschland enge verbunden. Auf deutschen Universitäten erhielten erst mehrere junge Züricher eine gelehrte juristische Bildung. Meistens der historischen Richtung zugethan, kehrten sie nach Hause zurück, mit dem Vorsatze, das einheimische Recht in seiner Eigenthümlichkeit wie im Zusammenhange mit der allgemeinen Rechtsbildung zu bearbeiten.

Vor ihnen lag und liegt noch ein sehr weites Feld der Thätigkeit. Der Mangel einer ausführlichen Gesetzgebung macht das Studium des einheimischen Rechtes schwieriger, aber auf der andern Seite bedeutender und schöpferischer. Man wird genöthiget, auf die Sitten, die Erscheinungen des Verkehres zu merken, und die leitenden Grundsätze heraus

zu fühlen. Es genügt nicht, das Corpus Juris oder das erste beste Handbuch nachzuschlagen. Man muss das Leben fragen und es mit juristischen Augen, um mich so auszudrücken, aufzufassen wissen. Auf diesem Wege wird, sobald man gut und richtig beobachtet hat, die Rechtswissenschaft nothwendig volksthümlicher und lebendiger, als sie da werden kann, wo eine feste oder gar eine todte Gesetzgebung sie hemmt. Die so gewonnenen Begriffe und Sätze sind freilich gar oft nicht so, wie die Leute sie auszusprechen pflegen. Denn das ist der Unterschied zwischen der juristischen und unjuristischen Auffassung, welche im gemeinen Leben vorkommt, dass diese sich in dem Ausdrucke und der Form des Gedankens vergreift, während jene die passende Form für den Gedanken zu finden weiss. In der Anwendung der einzelnen Fälle müssen beide, die Juristen und die Nichtjuristen, wieder zusammentreffen, sonst hätten jene falsch, mithin unjuristisch beobachtet. Denn die Theorie jener gründete und musste sich ja gründen auf die Erscheinung und die Bedeutung eines Institutes im und für das Leben.

Die Thätigkeit der Juristen äusserte sich nunmehr in verschiedenen Richtungen. Man fing an, zuerst am politischen Institute, später als eine Hochschule errichtet worden war an dieser besondere Vorträge über Zürcherisches Partikularrecht zu halten. Dadurch wurde das ganze einheimische Recht zum Gegenstande wissenschaftlicher Behandlung gemacht. Das Verdienst des ersten umfassenden Versuches von Bedeutung gebührt dem auch sonst um die Fortbildung der Jurisprudenz verdienten Gelehrten Professor F. L. Keller.

Die bisher zerstreut gewesenen und gewöhnlich nur in schlechten Abschriften benutzten, noch geltenden Statutarrechte wurden von Dr. Pestalutz gesammelt und nach den Originalien oder alten Abschriften genau abgedruckt[28].

Einzelne Materien des Privatrechtes wurden in eigenen Schriften behandelt. Dahin gehören vornämlich:

---

28) Siehe oben Buch IV. §. 6. S. 43.

G. v. Meiss. Das Pfandrecht und der Pfand- oder Betreibungs-Prozess des Kantons Zürich. Zürich 1821.

Dr. Pestalutz. Abhandlung über das Zürcherische Wechselrecht. Zürich 1827.

J. Furrer. Das Erbrecht der Stadt Winterthur. Winterthur 1832.

Einzelne Abhandlungen in der Monatschronik der Zürcherischen Rechtspflege, bis jetzt eilf Bände, von 1833 bis 1838.

In den Gerichten fing man an, die Urtheile sorgfältiger zu begründen. Die Form der Urtheile änderte sich, und machte nun eine Sonderung der juristischen Erwägungsgründe von den faktischen Ergebnissen nothwendig[29]). In jenen wurden die Resultate des juristischen Urtheiles grundsätzlich ausgesprochen, und so die Theorie erweitert.

Der Stand der Advokaten wurde durch strengere Prüfung der Kandidaten gehoben; auch in ihm regten sich wissenschaftlichere Tendenzen. Die juristische Fakultät der Hochschule und einzelne Privatgelehrte wirkten in ähnlichem Sinne durch Ausarbeitungen von Rechtsgutachten in streitigen Fällen.

Die Gesetzgebung spürte diesen Einfluss ebenfalls, nicht bloss in dem Inhalte, sondern namentlich in der Form, in welcher die Gesetze abgefasst wurden. Es ist unläugbar, dass die Gesetze seit dem Jahre 1831 weit besser redigirt sind als die frühern: und eben so gewiss, dass daran die Juristen keinen unwesentlichen Antheil haben.

Auf der andern Seite lässt sich nicht verkennen, dass diese ganze neuere juristische Richtung auch wieder ihre eigenthümlichen Gefahren und Gebrechen hat. Dieselben näher zu schildern, würde mich nöthigen, tiefer auf die politischen Bestrebungen und Parteiungen der Gegenwart einzugehen, als es dem Zwecke dieses Buches gemäss ist. Diese Gefahren werden aber am besten vermieden, je weniger die Jurisprudenz sich anmasst, auch das fremde Ge-

29) Die Monatschronik ist vornämlich der Mittheilung solcher Urtheile gewidmet.

biet der Politik mit gleicher Consequenz und Schärfe wie gewöhnliche Prozesse zu beherrschen, und je mehr sie darauf gerichtet ist, dem wahren Volksbedürfnisse gemäss das Recht auf nationaler, schweizerisch deutscher, und nicht auf fremder, weder römischer noch französischer noch englischer Grundlage weiter zu bilden.

§. 10. Die Gesetzgebung der Revolutionszeit.

Die Gesetze aus der Revolutionsperiode sind abgedruckt in dem Tagblatt der Gesetze und Dekrete der gesetzgebenden Räthe der helvetischen Republik. 6 Hefte. Bern 1800—1803.

Die wichtigern, hierher gehörigen sind:

1) Das in höchster Eile von einem Tag auf den andern entworfene und angenommene peinliche Gesetzbuch vom 4. Mai 1799. Tagblatt II. S. 569. ff. mit einem grossen Apparat von sehr schweren Strafen.

2) Prozessordnung für den obersten Gerichtshof vom 24. Wintermonat 1798 bis 13. Hornung 1799. Tagblatt II. S. 121. 192. 223 u. 315. ff. Vgl. III. S. 532.

3) Vorläufige Aufhebung der sogenannten persönlichen Feudalrechte, worunter man sich wohl vornämlich das Hörigkeits- und Vasallenverhältniss dachte, vom 4. Mai 1798. Tagblatt I. S. 45. Vgl. S. 132.

4) Definitive Aufhebung aller sogenannten „Feodallasten," theils gegen Entschädigung, theils ohne solche, vom 10. Wintermonat 1798. Tagblatt II. S. 79. ff. Darunter wurden denn namentlich auch die Zehenten inbegriffen, und die kleinen Zehenten ohne, die grossen gegen Entschädigung abgeschafft. Eben so befasste das Gesetz die Grundzinse. Dieses Gesetz kam aber nie zur rechten Vollziehung, und wurde denn am 15. Herbstmonat 1800 (Tagblatt V. S. 44.) in seiner Wirksamkeit suspendirt. Am 6. Weinmonat 1800 wurde wieder der Fortbestand der Grundzinse anerkannt und nur verstattet, dieselben in Geld statt in Naturalien zu entrichten. (Tagblatt V. S. 56.

Vgl. S. 88.) Durch Gesetz vom 31. Jänner 1801 (Tagblatt V. S. 220.) wurde die Loskäuflichkeit aller Grund- und Bodenzinse näher ausgeführt; durch Gesetz vom 9. Brachmonat 1801 auch die Loskäuflichkeit der Zehenten näher regulirt. Vgl. noch Tagbl. VI. S. 55 u. 268.

5) Abschaffung der Zugrechte (Retract) durch Gesetz vom 31. Aug. 1798 (Tagbl. I. S. 367.); vom 21. Brachmonat 1800 (Tagbl. IV. S. 89.) und vom 31. Aug. 1798. (Tagbl. V. S. 463.)

6) Besonders zahlreiche Gesetze beschäftigen sich mit den Verhältnissen der Gemeinden. Das Bürgerrecht in einer Gemeinde sollte auf den Genuss der eigentlichen Gemeinde- und Armengüter beschränkt werden, und ein helvetisches Staatsbürgerrecht in allen übrigen Beziehungen an seine Stelle treten. Gesetz vom 13. Hornung 1799. (Tagbl. II. S. 309. Vgl. V. 507.) In der Generalversammlung haben daher alle Staatsbürger Stimme. Sie ernennen die Municipalität als politische Gemeindebehörde. Die Antheilhaber des Gemeindegutes dagegen bestellen eine Verwaltungskammer für dessen Besorgung. Gesetz vom 13. Wintermonat 1798 (Tagbl. II. S. 95) und vom 15. Hornung 1799. (Tagbl. II. S. 326. ff.) Vgl. Gesetz vom 6. Weinmonat 1800. (Tagbl. V. S. 54.) In dieser Weise wurde die alte Gemeindeverfassung völlig umgeändert und zumal das persönliche staatsbürgerliche Princip durchgeführt, zugleich aber das Eigenthum der alten Bürgerschaften anerkannt. Aber indem man einer abstracten Theorie folgte, und die historischen Verhältnisse der Bürgergemeinden ausser Acht liess, so wurde ein lebendiger Organismus mit Zerstörung bedroht, und Stoff zu fortwährender Zwietracht in die Gemeinden hinein geworfen.

7) Das Gesetz über Sonderung der National- und Gemeindegüter vom 3. April 1799 (Tagbl. II. S. 484.) bezieht sich hauptsächlich auf die vormals souveränen Hauptstädte, deren Vermögen theilweise als Nationalgut, theilweise als Gemeindegut betrachtet ward.

8) Gesetz über Nutzung der Gemeindegüter vom 4. Mai 1799 (Tagbl. II. S. 622.) und über Theilung der Gemeindegüter (Gerechtigkeitsgüter) v. 15. Christmonat 1798 (Tagbl. V. S. 179.), wodurch diese Theilung unter die Controlle der gesetzgebenden Behörden gestellt wird.

9) Gesetze über Niederlassung von Fremden vom 29. Weinmonat 1798 (Tagbl. II. S. 55.) und vom 24. Wintermonat 1800. (Tagbl. V. S. 123.)

10) Abschaffung der Abzugsrechte im Innern der Schweiz und gegen fremde Staaten, in denen Gegenrecht gilt. Gesetz vom 12. Brachmonat 1798 (Tagbl. I. S. 154.) und vom 9. Weinmonat 1800. (Tagbl. V. S. 60.)

11) Gesetze über Handels- und Gewerbsfreiheit vom 19. Weinmonat 1798 (Tagbl. II. S. 32.), vom 3. Mai 1800 (Tagbl. IV. S. 21.), vom 11. Heumonat 1800 (Tagblatt IV. S. 137.) und vom 20. Wintermonat 1800. (Tagblatt V. S. 110.)

12) Gesetz über das Recht, auf eigenem Boden nach Belieben zu bauen, insofern nicht die Rechte des Nachbars oder die Polizeigesetze dadurch verletzt werden, vom 13. Christmonat 1798. (Tagblatt II. S. 180.)

13) Gesetz über die Loskäuflichkeit der Weideservitut vom 4. April 1800 (Tagbl. III. S. 584.) und vom 25. Herbstmonat 1800. (Tagbl. V. S. 49.)

14) Gesetz über den Rechtszustand unehelicher Kinder, vom 28. Christmonat 1798 (Tagbl. II. S. 215.) und vom 4. Heumonat 1801. (Tagbl. V. S. 451.) Ein neues Intestaterbrecht zu Gunsten der unehelichen Kinder wurde durch diese Gesetze nicht eingeführt, wohl aber dieselben für fähig erklärt, wie andere Personen durch Testament bedacht zu werden.

15) Gesetz über die Vermögensverwaltung für Bevormundete, vom 24. Heumonat 1798 (Tagblatt I. S. 251.), wodurch den Bürgergemeinden das Vormundschaftswesen übertragen wurde.

16) Gesetz vom 23. Weinmonat 1800 (Tagbl. V. S. 79.), wodurch ausländische Creditoren in Concursfällen

mit einheimischen Creditoren auf gleiche Linie gestellt werden und gleiche Rechte erhalten.

§. 11. Die Gesetzgebung der Mediationszeit.

Die hergehörigen Gesetze finden sich in der offiziellen Sammlung der von dem Grossen Rathe des Kantons Zürich gegebenen Gesetze und Verordnungen und der von dem Kleinen Rathe emanirten allgemeinen Landes- und Polizei-Verordnungen. 6 Bde. Zürich 1804 — 1814.

Wenn wir auch hier von den Gesetzen absehen, welche den politischen Staatsorganismus vornämlich im Auge haben, so verdienen Erwähnung:

1) Das Gesetz vom 16. Christmonat 1803 über einzelne Theile des Kriminalprozesses. (Mediations-Sammlung I. S. 164.)

Das Gesetz vom 28. Mai 1803, betreffend die Organisation der Gemeindsräthe (Mediations-Sammlung I. S. 49.), und vom 21. December 1804, über deren Befugnisse. (Med. Samml. II. S. 181.) Durch diese Gesetze ward wieder Einheit in die Gemeindsverwaltung gebracht, und die Municipalitäten und Verwaltungskammern der Revolutionszeit durch Eine Behörde besetzt. Die Gemeindsversammlungen, welche die Gemeindräthe wählen, bestehen zunächst aus den eigentlichen Gemeindsbürgern, dann aber auch den Niedergelassenen in der Gemeinde, insofern sie Grundeigenthum besitzen und einen unabhängigen Beruf ausüben. Die einzelnen Gemeindräthe, welche nicht zugleich Bürger der Gemeinde sind, haben keine Stimme bei Berathung über Angelegenheiten des Gemeindegutes, das ausschliesslich der Bürgerschaft zugehört.

3) Gesetz vom 22. Mai 1806 über die Beaufsichtigung und Rechnungsabnahme der Kirchen-, Armen- und Schulgüter der Gemeinden. (Med. Samml. III. S. 132.)

4) Notariatsordnung vom 17. Dec. 1804. (M. S. II. S. 201.)

5) Gesetze über den Loskauf von Zehenten und Grundzinsen vom 1. Juni 1803 (M. S. I. S. 90.), vom 20. December 1803 (M. S. I. S. 261.), vom 22. December 1803 (M. S. I. S. 269.), vom 23. December 1803 (M. S. I. S. 272.), vom 22. December 1803 (M. S. I. S. 273.), vom 25. Mai 1804 (M. S. II. S. 19.), vom 19. December 1811 (M. S. V. S. 125.), und vom 23. Mai 1812. (M. S. V. S. 237.) Der kleine Zehnten blieb abgeschafft, der grosse Zehnten und alle Grund- und Bodenzinse von Seite des Eigenthümers des belasteten Grundstückes loskäuflich.

6) Reglement über das Forstwesen vom 2. Februar 1804 (M. S. II. S. 75.), und Forstordnung vom 14. Mai 1807. (M. S. III. S. 256.)

7) Rathsverordnung vom 16. Juli 1805 über die Pfandbücher. (M. S. III. S. 108.)

8) Gesetz vom 18. Christmonat 1805 über den Bergbau, (M. S. III. S. 99.) Die Regalität des Staates wird sehr weit ausgedehnt, und alle Metalle im Schoose der Erde, brennbare Mineralien und Salze werden für Staatseigenthum erklärt. Sie dürfen nicht ohne Belehnung der Regierung abgebaut werden. An den Staat fällt dann ein Zehntheil der Ausbeute.

9) Matrimonialgesetz vom 19. Dec. 1804 (M. S. II. S. 231. ff.), und erneuert am 25. Mai 1811. (M. S. V. S. 3. ff.) Dieses sehr ausführliche Gesetz behandelt die Verhältnisse der Ehe, ihre Eingehung, Wirkungen, Auflösung, den unehelichen Beischlaf und dessen Folgen, die Ehegerichtsbarkeit u. s. f. Das Güterrecht der Ehegatten aber ist nicht erörtert. Die Redaktion des Gesetzes ist im Ganzen nicht glücklich.

10) Vormundschaftsgesetz vom 22. Dec. 1803. (M. S. I. S. 201. ff.)

11) Gesetz vom 17. Dec. 1803 über den Rechtstrieb. (M. S. I. S. 193.)

12) Wechselordnung vom 16. Mai 1805. (M. S. III. S. 32.) nach Vorgang der St. Galler Wechselordnung v. 1784.

13) Sensalen-Ordnung vom 16. Juli 1805. (M. S. III. S. 102.)

14) Gesetz vom 22. Mai 1812 über die Errichtung von Leibdingsverträgen. (M. S. V. S. 221.)

15) Gesetz über Güterverkäufe von Ascendenten an Descendenten vom 22. Mai 1812 (M. S. V. S. 225.), und unter Ehegatten vom 16. Dec. 1812. (M. S. V. S. 317.)

§. 12. Die Gesetzgebung der Restaurationszeit.

Diese ist enthalten in der neuen offiziellen Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Standes Zürich. 4 Bde. Zürich 1821—1833.

Hieher gehören:

1) Gesetz, betreffend die Organisation der Untervollziehungsbeamtungen und der Gemeinds- und Waisenamtlichen Behörden, v. 18. Christmonat 1815. (Restaurations-Sammlung I. S. 133.) Vgl. Rathsbeschluss vom 16. Mai 1829. (Rest. Samml. IV. S. 57.) Die Stelle des Gemeindammannes wurde vereinigt mit der Stelle eines Gemeindspräsidenten. Die Gemeinden wurden wieder zu reinen, aber auf das Princip der persönlichen Fähigkeit (im Gegensatze zu dem alten Principe des Grundbesitzes oder der Haushaltung) errichteten Bürgergemeinden mit Ausschluss der Niedergelassenen.

2) Die Forstgesetze und Forstverordnungen vom 18. Brachmonat 1816 (Rest. Samml. I. S. 297.), vom 15. Brachmonat 1822 (R. S. II. S. 433.), und vom 5. Hornung 1830. (R. S. IV. S. 78.)

3) Gesetz über die Errichtung von Generalobligationen durch Landbürger, vom 14. Christmonat 1816 (R. S. I. S. 372.), durch Stadtbürger vom 21. Brachmonat 1817. (R. S. II. S. 9.)

4) Das Gesetz über das Vormundschaftswesen vom 18. Christmonat 1817. (R. S. II. S. 17.) Revision des oben §. 11, Nr. 10 erwähnten Gesetzes.

5) Rathsbeschluss v. 2. Aug. 1817, betreffend eine Dienstbotenordnung für die Stadt Zürich. (R. S. II. S. 123.)

6) Gesetz v. 21. Christmonat 1821 über die Nachwährschaft für veräusserte Hausthiere. (R. S. II. S. 337.)

7) Sensalenordnung vom 10. Hornung 1825. (Rest. Samml. III. S. 222.)

§. 13. Die Gesetzgebung seit dem Jahre 1831.

Die Gesetzgebung seit Einführung der gegenwärtigen Verfassung ist jedenfalls viel bedeutender und eingreifender als die frühere. Und wenn auch das eigentliche Privatrecht noch nicht in seinem Zusammenhange bearbeitet ist, so sind doch schon mehrere Gesetze vorhanden, welche auch privatrechtliche Verhältnisse im Einzelnen feststellen. Das Strafrecht hat bereits eine ausführliche Bearbeitung erfahren. Die sämmtlichen neuern Gesetze sind enthalten in der offiziellen Sammlung der seit Annahme der Verfassung vom Jahre 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen. Bis jetzt 4 Bände und 1 Heft des 5. Bandes. Zürich 1831—1838.

Auch hier wollen wir wieder das Wesentlichste anführen:

1) Organisches Gesetz über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831. (Neue Samml. Bd. I. S. 177.) Vgl. Gesetz v. 24. Weinmonat 1834. (N. S. III. S. 332.)

2) Strafgesetzbuch vom Jahre 1835. Erster Theil. Von den Verbrechen und deren Bestrafung. Bis zu Erlassung dieses Gesetzes war die Praxis unserer Gerichte ziemlich frei. Durch ein Strafgesetz war sie überall nicht beschränkt; denn die alten Bestimmungen der Statuten hatten ihre Geltung verloren, und das peinliche Gesetzbuch der Revolutionszeit wurde seit der Mediationsverfassung nicht als bindend anerkannt. Ihre Richtung und Begränzung erhielt dieselbe, vornämlich durch die Theorie besonders des in Deutschland geltenden Strafrechtes, wenn sie schon nicht strenge daran gebunden war. In derselben Richtung ist denn auch das Strafgesetz von dem damaligen Oberrichter Joh. Caspar Ulrich redigirt worden. Ver-

glichen mit der alten Praxis der frühern Jahrhunderte und den Bestimmungen der Statute, hat dadurch das Strafrecht einen viel ernsteren und strengeren Charakter erhalten. Gemildert wurden diese Härten indessen durch den ziemlich freien Spielraum, welcher bei Bestrafung der einzelnen Vergehen noch immer dem richterlichen Ermessen offen gelassen wurde.

3) Gesetz über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache, vom 23. Brachmonat 1831. (Bd. I. S. 239.)

4) Organisches Gesetz über das Gerichtswesen im Allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege ins Besondere, vom 7. Brachmonat 1831. (I. S. 132.)

5) Gesetz über Abtretung von Privatrechten aus Gründen des öffentlichen Wohles, vom 23. Januar 1832 (I. S. 404.), umgearbeitet durch Gesetz vom 21. März 1832. (V. S. 25.)

6) Gesetz über die Gemeindeverwaltung vom 30. Mai 1831 (I. S. 92.), und über die Gemeindsversammlungen von gleichen Datum. (I. S. 108.) Vgl. Gesetz vom 18. Christmonat 1835 über die Civilgemeinden. (IV. S. 171.) Nach diesen Gesetzen bestehen die politischen Gemeinden fortwährend aus den sämmtlichen Gemeindsbürgern. Die Gemeindsversammlung dieser, ohne Rücksicht auf die Niedergelassenen, repräsentirt den ganzen Ort. Sie wählt den Gemeinderath, der nun wieder getrennt ist von dem blossen Vollziehungsbeamteten in der Gemeinde, von dem Gemeindammann. Die erstinstanzliche Vormundschaftspflege steht wieder dem Gemeinderathe zu.

7) Das Gesetz über die Verwaltung der Gemeindegüter vom 28. Brachmonat 1838 (V. S. 45.) stellt die freie Verwaltung der Gemeindegüter durch die Gemeinden als deren Eigenthümer fest, und regulirt die Oberaufsicht der Staatsbehörden über diese Verwaltung in dem Sinne, dass diese Aufsicht nicht in eine Bevormundung der Gemeinden ausarte. Der Bezirks- und Regierungsrath haben namentlich darüber zu wachen, dass der Kapital-Bestand des Gemeindevermögens ohne ausserordentliche

Veranlassung nicht vermindert, noch die Güter zu fremdartigen Zwecken verwendet werden.

8) Das Gesetz über die Gemeindsausgaben und Gemeindssteuern v. 17. Christmonat 1835. (IV. S. 151.)

9) Das Gesetz über die Erwerbung, die Wirkungen und den Verlust des Bürgerrechts vom 20. Herbstmonat 1833 (III. S. 159.) stimmt wesentlich mit dem frühern Rechte überein, und erhält den persönlichen Bürgerverband, der in der Regel durch die Geburt, seltener durch Einkauf oder Schenkung und durch Verheirathung mit einem Bürger erzeugt wird, und nur durch den Tod oder Verzichtleistung oder Verheirathung mit einem Bürger einer andern Gemeinde verloren geht. Dieses Gesetz hat denn zuerst eine totale Ausscheidung der Gemeindsgüter (Bürgergüter) von den Gerechtigkeitsgütern (sogenannten Corporationsgütern) ausdrücklich vorgeschrieben.

10) Das Gesetz, betreffend den Aufenthalt von Personen in einer Gemeinde, wo sie nicht Bürger sind, vom 20. Herbstmonat 1833 (III. S. 174.) ist nicht glücklich redigirt, und hält verschiedenartige Verhältnisse zu wenig aus einander. Die Rechte der Niedergelassenen übrigens werden dadurch gehoben, und namentlich den Niedergelassenen auf Grundeigenthum bei Berathungen der Gemeinden über Bauten, an welche sie beizutragen haben, so wie für Kirchenangelegenheiten ihrer Confession und Schulsachen, Zutritt und Stimmrecht eingeräumt. Auch die übrigen Niedergelassenen sind befugt, Rechnungen einzusehen über Auslagen, an welche sie Beiträge geleistet haben.

11) Das Gesetz, betreffend die Unterstützung der Armen und der (bürgerlichen) Gemeinden von Seite des Staates, vom 9. Hornung 1836. (IV. S. 178.)

12) Das Gesetz, betreffend die privatrechtliche Befugniss zu bauen, vom 27. Januar 1835 (III. S. 381.) erweitert gegenüber dem frühern Rechte das Recht des Eigenthümers, der auf seinem Boden bauen will, indem es

die ältern Beschränkungen vermindert oder ganz beseitigt. Vgl. oben Buch IV. §. 13. S. 99.

13) Das Gesetz, betreffend die Anlegung von Güterwegen, vom 3. Heumonat 1835 (IV. S. 27.), wodurch die Anlegung offener Feldwege statt der frühern Brachwege in den Zelgen befördert und die einzelnen Zelggenossen angehalten werden, das betreffende Land hiefür gegen Schadenersatz abzutreten, sobald die Mehrheit der Zelggenossen diess verlangt.

14) Das Gesetz, betreffend das Forstwesen vom 29. Herbstmonat 1837 (IV. S. 361.) enthält ausführliche Bestimmungen über Forstpolizei, Bewirthschaftung der Staats-, Gemeinds- und Genossenschafts-Waldungen, die Forstberechtigungen und Forstfrevel.

15) Gesetz, betreffend den Loskauf, die Kapitalisirung und die Umwandlung des trockenen Zehntens in jährliche Geldleistungen vom 14. April 1832 (II. S. 12.), des nassen Zehntens vom 29. Brachmonat 1832. (II. S. 104.) Vgl. Gesetz vom 21. Weinmonat 1834. (IV. S. 304.)

16) Das Gesetz, betreffend den Loskauf, die Kapitalisirung und die Umwandlung der Grund-, Boden-, Erblehen- und Wasserrechtszinse in jährliche Geldleistungen, vom 10. Mai 1832. (II. S. 63.)

17) Das Gesetz über Ertheilung von Wasserrechten und Bestimmung der Wasserzinse, vom 21. März 1836. (IV. S. 211.)

18) Das Gesetz, betreffend die Schuldbetreibung, vom 28. Brachmonat 1832 (II. S. 79.), und vom 28. Brachmonat 1832. (II. S. 372.)

19) Die Verordnung des Obergerichtes vom 27. März 1835, betreffend die Behandlung von Concurssachen. (IV. S. 310.)

20) Das Gesetz, betreffend die Sensalen und das Ragionenwesen, vom 25. Herbstmonat 1835. (IV. S. 33 und 38.)

BEILAGEN.

(Fortsetzung.)

IV.

Aeltestes Stadtrecht von Winterthur von 1264.

Aus der pergamentenen und besiegelten Originalurkunde im Stadtarchiv zu Winterthur *).

Ruodolfvs comes de habsburch, vniversis Christi fidelibus ad quos presens scriptura pervenerit, salutem cum notitia subscriptorum. Gesta nobilium et magnorum in obliuionis puteo processu temporis ingerentur, nisi per scripture medelam sicut a prudentibus est previsum tale periculum tolleretur. Elucescat igitur vniversis et singulis evidentibus, quod Nos civibus nostre ville in wintirtvr jura subscripta pro gratia speciali tenenda statuimus perhenniter et seruanda volentes, quod vniuersa que ab exteriori vallo superioris loci sev subvrbii quod volgo dicitur vorstat vsque ad Castrum quondam super monte prope eandem villam situm et a Castro directe usque ad Ecclesiam sancti Montis et ab Ecclesia usque ad fontem dictum vordebrvnnen et in descensu ab eodem fonte usque ad aque transitum dictum Ouesteg, et abinde per ambitum pratorum et hortorum usque in superioris predicti valli terminum resupinum sunt inclusa preter curias cellerariorum et quorundam aliorum qui dicuntur hvobarii, abhinc inantea jus fori debeant obtinere, cum omni jure ville dicte wintirtvr attinendo. Necnon sub eodem jure permanere debet quicquid de predio nostro pro censu determinato ab hominibus infra predictas metas residentibus possidetur. Item statuimus quod super omnibus illis bonis et possessionibus quibus attinet jus forense quod volgo dicitur Marchsreht, si forsan super eisdem questio mota rel suborta fuerit aliqualis, nullus debet alias quam coram nobis uel nostris successoribus qui villam predictam possidebunt, et coram eiusdem uille Sculteto sev ministro qui tunc fuerit in aliorum ciuium

*) Man vergleiche damit das im ersten Bande Beilage I. mitgetheilte Stadtrecht.

presentia stare juri. Nec etiam in Scultetum sev Ministrum eiusdem ville quisquam debet eligi uel admitti, nisi de communi consilio ciuium vnus ex eis eligatur, qui nec sit miles nec ad gradum debeat militie promoveri. Item ordinauimus, quod si quemquam predictorum civium dominus prefate ciuitatis impetit super aliquo foresfacto pro quo forsan aput ipsum erit aliquis accusatus vel etiam infamatus, huius impetitionis tenore in jam dicta villa wintirtvr coram ciuibus et judicio denudato, culpam uel innocentiam ciuis accusati debet idem dominus ibidem plene cognoscere, contentus quicquid super hoc ab eisdem ciuibus fuerit sententia publica diffinitum. Item nullus dominus ratione cuiusdam iuris quod in volgari dicitur val post decessum aliquorum infra predictas medas residentium bona mortuaria debet exigere, nisi seruum haberet qui nullum superstitem uel heredem relinqueret, tunc potiri deberet juxta Consilium ciuium suo jure. Item Silva dicta Eschaberch eo jure communi quod volgo dicitur gimeinmerche, quemadmodum hactenus ab antiquo fuisse dinoscitur, in vsum ville cedet abhinc inantea memoratae. Item nullus dominus debet ratione proprietatis quam habet in suos proprios homines in predium eorundem situm infra metas predictas ad quas extenditur jus fori succedere tamquam heres. Item quicumque in predicto loco se receperint, contrahendi matrimonialiter viri cum vxoribus et e converso ubicumque placuerit, filios et filias suas legitima coniunctione copulandi ad quemcumque locum voluerint, disparitate conditionis et dominii non obstante, plenam habent et liberam potestatem. Item quia scimus predictam ciuitatem ratione diuisionis super hereditate quorundam bonorum a nostris antecessoribus facte debere persoluere centum libras, fixo tenore decreuimus, quod homines infra metas eiusdem ciuitatis permanentes ratione stipendii nobis et nostris successoribus semel in anno videlicet in festo Sancti Martini centum libras monete turicensis et non amplius dare debent. Insuper ad nos et nostros successores eiusdem ciuitatis officia debent simul et iudicia pertinere. Item quicumque ciuis est uel erit in predicto loco si idem a suo domino in patria existente, cui ratione seruilis conditionis proprie dicitur attinere, infra annum et diem unum pro nullo seruitio fuerit requisitus, tunc abinde inposterum nulli domino seruire tenetur nisi qui prenominatam in firma possessione tenuerit ciuitatem. Hoc tamen addito quod sine illius voluntate

qui jam dictam civitatem in sua tenuerit potestate, quemquam in civem recipere non debemus. Item a gratia domino iam dicte ciuitatis nullus meretur excludi nisi qui fraudem et perfidiam enormem vel homicidium perpetrauerit aut qui alium excecauerit vel in aliis menbris mutilaverit aut qui tale nefas horrendum commisserit, quod volgo dicitur mort vel aliud quocumque nomine nuncupetur quod huic fuerit equipollens. Item qui alium armata manu volneraverit, aut quinque libras persoluet aut manu truncabitur pro emenda, qui autem alias insolentias vel contumatias fecerit, que fuerint per iudicium emendande, aut cum pena trium librarum satisfaciat aut memoratam ciuitatem per annum integrum evitabit. Item nostre voluntatis est quod Castrum montis adjacens prefate ville numquam debeat reparari. Huius rei testes sunt, Chvonradus de Tengin. Chvono de Tvfin. Henn. de hvomelincon Nobiles. Johannes de Bluomenberch. Volricus de hetlingen. Frater suus dictus Dapifer de Diessenhoven. Bur. de wida. R. quondam advocatus in vrowenvelt. Nicolaus de virsperch. milites et quamplures alii, quorum nomina ne fastidium generent sunt omissa. Vt autem ea que prefate civitati sev ciuibus in ea comorantibus indulsimus, non solum apud Nos verum etiam apud nostros successores firmiora permaneant nec violari possint nec debeant in futurum presens cirographum super hoc contulimus nostri Sigilli Karactere communitum. Acta sunt hec anno domini MCCLXIIII. Decimo Kal. Julii. Jndictione septima.

V.

Verzeichniss Züricherischer Offnungen und Herrschaftsrechte *).

Aesch. Offnung s. d. wahrscheinlich aus dem siebenzehnten Jahrhundert. Abschrift in der Sammlung für die innern Vogteien im Staatsarchiv.

---

*) Ich zweifle nicht, dass dieses Verzeichniss noch bedeutend vermehrt werden kann. Es liegen noch viele Offnungen in den Archiven, besonders auch der Gemeinden verborgen. Ein grosser Theil der erwähnten Offnungen wird in der Sammlung von Jakob Grimm nächstens erscheinen.

Albisrieden. De Juribus et jurisdictione ville in Rieden prope Albis vor 1346. Stiftsarchiv.

Altikon. Offnung von 1502. Erwähnt bei Werdmüller Memorab. Tigur. I. S. 11.

Altorf (Münchaltorf). Offnung von 1439. Oben abgedruckt als Beilage III.

Altstetten a) Offnung von 1429. Staatsarchiv.
b) Recension von 1553.

Andelfingen a) Offnung s. d. aus der Oesterreichischen Zeit.
b) Herrschaftsrecht von 1534. Abgedruckt bei Pestalutz II. S. 52 ff.

Aeugst siehe Borsikon.

Basserstorf. Offnung von 1420. Erwähnt in Meyers Promptuar.

Berg a) Offnung s. d., als Anhang der Embracher a).
b) Offnung s. d., wahrscheinlich von 1395. Finanzkanzlei.

Binzikon. Offnung von 1435. Staatsarchiv.

Birmenstorf a) Verkomniss der Grichten und rechten ouch harkomens vmb Birmenstorf und Urdorf von 1347. Staatsarchiv.
b) Spätere Recension von a). Ebenda.
c) Recht des Gottshauses St. Bläsi zu Birmenstorf, Urdorf, Landtriken, Füglistall, Wettischwyl, Stallikon und Bonstetten von 1562. Staatsarchiv.

Bonstetten a) Rechtung und Gerechtigkeitt der vogtye zuo bonstetten s. d. Staatsarchiv.
b) Gericht, Zwing und Bänn des Dorfes Bonstetten s. d. Staatsarchiv.
c) Offnung von 1545. Staatsarchiv.
d) Vergl. Birmenstorf c).

Borsikon, auf Aeugst und Breitenmatt. Offnung von 1412. Staatsarchiv.

Breiti a) Rechtung so Jkr. Hans Schwend der Aelter in dem Hof ze Breiti hat und Rechtung des Gottshauses zu Embrach. V. 1439. Finanzarchiv.
b) Offnung von 1518.

Breitenmatt siehe Borsikon.

Brütten. Hofrodel des Dinghofs zu Brütten s. d. Abschrift im Kyburgerurbar des Staatsarchivs.

Bubikon Hausbrief von 1483. Finanzarchiv.

Bülach a) Stattrecht dero von Bülach bussen, erben und ander dingen v. 1483. Abschnitt Staatsarchiv Sammlung für die innern Vogteien.
b) Erläuterung von 1604. Ebenda.
c) Offnung von 1510. Ebenda.
Dachsen. Offnung von 1532. Staatsarchiv.
Dällikon. Offnung von 1537.
Dielstorf. Gemeindsoffnung von 1558.
Dietlikon siehe **Dübendorf** b).
Dübendorf a) Vogteioffnung s. d. aus dem Ende des XVten oder Anfang des XVIten Jahrhunderts. Staatsarchiv.
b) Gemeindsoffnung zu **Dübendorf** und **Dietlikon** s. d. Staatsarchiv.
Dürnten a) Hofrodel angeblich von 1268. Eine spätere, nicht zuverlässige Abschrift in Leus Collect. XLII. S. 567.
b) Hofrodel von 1480. Staatsarchiv.
Eglisau a) Freiheit dero von Eglisau von 1399. Abschrift in dem M. S. der vaterländischen Gesellschaft XVIII. S. 111.
b) Stadtbuch von 1510 zu Eglisau.
c) Erbrechtsbrief von 1569. Ebenda.
d) Erläuterung von 1618. Ebenda.
Elgg a) Offnung von 1532. Vergl. Pestalutz. I. S. 387.
b) Herrschaftsrecht von 1535. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 258 ff. Darin ein älteres Stadtrecht von 1371 aufgenommen.
Ellikon. Offnung s. d. aus dem Ende des XV. oder Anfang des XVI. Jahrhunderts. Staatsarchiv.
Embrach a) Offnung s. d. Finanzarchiv.
b) Offnung von 1518. Ebenda.
c) Offnung von 1541. Ebenda.
d) Offnung von 1543. Staatskanzlei.
e) Offnung von 1551. Finanzarchiv.
Erlibach siehe **Stäfa** a).
Esslingen siehe **Stäfa** b).
Fahr siehe **Weiningen.**
Fällanden. Hofrodel s. d. Stadtarchiv.
Feuerthalen siehe **Uhwiesen.**
Fischenthal a) Hofrodel s. d. vor 1511. Staatsarchiv.
b) Hofrodel von 1511. Abgedruckt bei Pestalutz II. S. 78 ff.
Flach a) Offnung von 1537. Staatsarchiv.
b) Eerb- und Ee-Recht der Ehrsamen Gemeinden Flach und Volckhen von 1658. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 104 ff.

Fluntern. De juribus et jurisdictione ville in fluontrein nostre Ecclesie pertinentibus, s. d. vor 1346. Stiftsarchiv.

Flurlingen siehe Uhwiesen.

Füglistall siehe Birmenstorf c).

Gamlikon siehe Wettschwil c).

Glattfelden. Meyenrodel von 1657. Finanzarchiv.

Greiffensee. Erbrecht der Herrschaft Greiffensee von 1691. Abgedruckt bei Pestalutz II. S. 1 ff.

Grifenberg. Hofrodel von 1475. Abschrift bei Leu Coll. XLII. S. 535.

Grüningen a) Spruchbrief für Grüningen von 1441. Staatskanzlei.
b) Amtsrecht der Herrschaft Grüningen von 1668. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 57 ff.

Hasli a) Offnung von Niederhasli s. d. Staatsarchiv.
b) Offnung von Niederhasli von 1427, erneuert 1461. Ebenda.
c) Offnung von Nieder- und Mettmenhasli von 1487. Ebenda.

Hedingen. Offnung des Gotteshauses Pfäfers daselbst, s. d. Staatsarchiv.

Hegi a) Offnung s. d. Vergl. Embrach a). Finanzarchiv.
b) Offnung von 1396, erneuert 1464. Staatsarchiv.
c) Siehe Wiesendangen b).

Höngg a) Offnung von 1338. Stiftsarchiv.
b) Offnung von 1646. Ebenda.

Hombrechtikon siehe Stäfa b).

Kloten. Offnung von 1609. Gemeindsarchiv.

Knonau a) Offnung von 1414. Staatsarchiv.
b) Offnung des Gotteshauses Schennis zu Knonau von 1461 Ebenda.
c) Amtsrecht der Herrschaft Knonau von 1535. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 220 ff.

Kyburg a) Offnung der Burg Kyburg s. d. erwähnt bei Joh. Müller Schw. Gesch. IV. S. 410.
b) Altes Grafschaftsrecht s. d. aus dem XV. Jahrhundert. Staatsarchiv.
c) Revidirtes Grafschaftsrecht s. d. wahrscheinlich von 1506. Ebenda.
d) Grafschaftsrecht s. d., wahrscheinlich zwischen 1506 und 1576. Ebenda.
e) Grafschaftsrecht von 1576 und 1578. Ebenda.
f) Grafschaftsrecht von 1675. Ebenda.

Landikon siehe Birmenstorf c).
Langnau siehe Thalwil c).
Langwiesen siehe Vhwiesen.
Lauffen. Offnung s. d. Staatsarchiv.
Maur (Mur) a) Hofrodel von 1553.
b) Erläuterung über der Aebtissinn Gericht zu Maur genannt das Meyeramt von 1604. Finanzarchiv.
Mänidorf. Offnung des Gotteshauses Pfäfers daselbst s. d. Stiftsarchiv St. Gallen.
Marthalen a) Bericht wie man die Gerichte zu Obermarthalen gehalten s. d., aus dem Ende des XV. oder Anfangs XVI. Jahrhundert. Staatsarchiv.
b) Offnung von 1580. Staatsarchiv.
c) Offnung des Gerichts daselbst von 1580—1595. Ebenda.
Maschwanden. Dorfrodel von 1506. Staatsarchiv.
Meilen a) Von den rechten vnd twingen vnd bannen des dorfes ze Meilant s. d., vor 1346. Stiftsarchiv.
b) Offnung der Probstei zu Meilen s. d., nach 1334. Stiftsarchiv.
c) Vogteioffnung zu Meilen, aus gleicher Zeit wie b) und ebenda.
Mettmenhasli siehe Hasli.
Mörsburg. Offnung s. d. Stadtarchiv Winterthur.
Münchaltorf siehe Altorf.
Neerach a) Rechtung des Twinghofs s. d. Staatsarchiv.
b) Neuere Recension s. d. Ebenda.
c) Offnung von 1536. Ebenda.
Neftenbach. Offnung s. d. Finanzkanzlei.
Neuamt a) Offnung des Neuamts s. d. Staatsarchiv.
b) Erbrecht von 1538. Abschrift in M. S. der vaterländischen Geschichte XVI. S. 515.
Niederhasli siehe Hasli.
Niederweningen a) Offnung s. d. Finanzarchiv.
b) Offnung von 1562. Ebenda.
Nöschikon. Offnung von 1390. Stiftsarchiv.
Nossikon. Offnung von 1431. Staatsarchiv.
Nürenstorf. Offnung von 1448. Staatsarchiv.
Obermettmenstetten. Vogteioffnung s. d. Aus dem XV. Jahrhundert. Staatsarchiv.
Oberrieden siehe Thalwil b) und c).
Ober-Winterthur a) Offnung von 1472. Staatsarchiv.
b) Siehe Wiesendangen b).

Oerlikon. Hofrodel s. d. Aus dem XIV. Jahrhundert. Finanzarchiv.

Oetikon siehe Stäfa b).

Ossingen a) Offnung s. d. Staatsarchiv.
b) Offnung von 1601. Ebenda.

Regensberg alt Regensberg. a) Offnung von 1426. Staatsarchiv.
b) Revidirte Offnung von 1456. Ebenda.

Regensberg, Stadt. a) Freiheiten und Rechtsame von 1501. Staatsarchiv.
b) Recension von 1673. S. Abschrift in dem M. S. der vaterländischen Gesellschaft XVIII. S. 284.

Regensberg, Herrschaft. Herrschaftsrecht von 1538. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 181 ff.

Regenstorf a) Offnung von 1426. Gemeindslade daselbst.
b) Amtsrecht von 1536. Notariatskanzlei Höngg.
c) Amtsrecht von 1603.

Rheinau a) Offnung s. d. Klosterarchiv.
b) Erbrecht von 1787. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 1 ff.

Richtischwil siehe Wädischwil b).

Rorbass a) Offnung von 1406. Abschrift bei Leu XVI. S. 19.
b) Offnung von 1605. Staatsarchiv.

Rüfers siehe Rüschlikon.

Rümlang a) Offnung von 1432. Gemeindslade.
b) Rechtung der Abtei Zürich s. d. Stadtarchiv Zürich.
c) Rechtung des Kelnhofes zu R. Stadtarchiv Zürich.

Rüschlikon und Rufers. Offnung der Propstei daselbst s. d., aus dem XIV. Jahrhundert. Stiftsarchiv.

Schwamendingen. De jure et Jurisdictione ville in Swabendingen s. d. vor 1436. Stiftsarchiv.

Stäfa a) Hofrodel von Pfeffikon, Einsiedeln, Nüheim, Erlibach, Stefan und Kaltbrunnen s. d. Staatsarchiv.
b) Offnung von Stäfa s. d., auch für Esslingen, Oettikon und Hombrechtion. Staatsarchiv.
c) Hofrodel von 1673. Ebenda.

Sebach. Offnung von 1487. Stadtarchiv Zürich.

Sellenbüren siehe Wettschwil a) b) und c).

Stallikon siehe Wettschwil a) b) und c), und Birmenstorf b).

Stammheim a) Vogtoffnung s. d. Staatsarchiv.

b) Gemeindsoffnung von 1562. Abschrift in dem M. S. der vaterländischen Gesellschaft XVIII. S. 483.

Sümikon. Offnung von 1496. Finanzarchiv.

Tagmersellen. Einsidlische Offnung s. d. Staatsarchiv.

Thalwil a) Vogtoffnung s. d. Aus dem Ende des XIV. Jahrhunderts.

b) Rechtung der zwölf Schuppossen zu Thalwil und Oberrieden. Stadtarchiv Zürich.

c) Offnung von 1572, gilt auch für Oberrieden und Langnau. Staatsarchiv.

Töss. Offnung von 1536. Staatsarchiv.

Uetikon siehe Wädischwil b).

Uhwiesen. Erbrecht des Amtes Uhwiesen oder der Dörfer Uhwiesen, Feuerthalen, Flurlingen und Langwiesen von 1603. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 141 ff.

Urdorf siehe Birmenstorf.

Veltheim. Hofrodel von 1474. Eine leider schlechte Abschrift in der Zürcherischen Stadtbibliothek.

Volkhen siehe Flach b).

Wädischwil a) Offnung von 1409. Staatsarchiv.

b) Herrschaftsrecht von 1593. Bezieht sich auf Wädischwil, Richtischwil und Uetikon.

Wald a) Hofrecht s. d., aus dem Anfang des XIV. Jahrhunderts. Staatsarchiv.

b) Hofrecht von 1586. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 168.

Wangen. Urbar um die niedern Gerichte daselbst von 1601. Finanzkanzlei.

Weiningen a) Vogt und Grundherrliche Offnung s. d. Notariatskanzlei Weiningen.

b) Amtsrecht von 1452. Staatsarchiv.

c) Amtsrecht von 1558.

d) Recension von 1637. Abgedruckt bei Pestalutz I. S. 121 ff.

Wermetschwil. Offnung von 1508. Staatsarchiv.

Wettschwil a) Hofrodel des Gotteshauses Engelberg zu Wettschwil, Sellenbüren und Stallikon von 1428. Staatskanzlei.

b) Offnung für Wettschwil, Sellenbüren, Stallikon und Gamlikon von 1468. Staatsarchiv.

c) Recension von 1537. Ebenda.

d) Siehe Birmenstorf c).

Wetzikon. Hofrodel s. d. Abschrift bei Leu XLII. S. 507.
Weyach a) Offnung von 1596. Finanzkanzlei.
b) Gerichtsordnung von 1597. Abschrift in dem M. S. der vaterländischen Gesellschaft XVI. S. 565 ff.
c) Auffallsordnung von 1617. Staatsarchiv.
Wiedikon. Offnung s. d. Staatsarchiv.
Wiesendangen a) Offnung von 1473. Finanzkanzlei.
b) Offnung der Gemeinden Wiesendangen, Ober-Winterthur und Hegi von 1691. Finanzarchiv.
Winkel a) Offnung von 1417. Staatsarchiv.
b) Offnung s. d. Ebenda.
Wipkingen a) Vogtoffnung s. d. Staatsarchiv.
b) Grundherrliche Offnung s. d. Stadtarchiv Zürich.
Wülflingen a) Offnung von 1484. Staatsarchiv.
b) Herrschaftsrecht von 1585. Abgedruckt bei Pestalutz II. S. 28. ff.

INHALTSANGABE.

DIE NEUERE ZEIT.

Viertes Buch. Von der Feststellung der Reformation bis zum Ausbruche der schweizerischen Revolution. *Von* 1531 *bis* 1798.

Fünftes Buch. Von der schweizerischen Revolution bis zur Gegenwart. Vom Jahre 1798 *bis* 1838.

Beilagen. (Fortsetzung.)



HAUPTREGISTER.

REGISTER.

Die erste (römische) Zahl bezeichnet das Buch, die zweite den §. und die dritte die Seitenzahl. Die drei ersten Bücher gehören zum ersten, die zwei letzten zum zweiten Bande.

A.

F.

G.

N.

O.

S.

T.

W.

Z.



